

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS
Karistusõiguse osakond

Jüri-Karl Leppik

**KONKLUDENTNE TEGU KARISTUSSEADUSTIKU § 209 LÕIKE 1
KOOSSEISUTEONA**

Magistritöö

Juhendaja
PhD Marko Kairjak

Tallinn
2018

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
1. PETMISEST ÜLDISELT	9
1.1. Pettus kui kelmuse koosseisujärgne tegu	9
1.2. Ebaõige ettekujutue loomine aktiivse teoga	12
1.3. Ebaõige ettekujutuse loomine tegevusetusega	14
1.3.1. Tegevusetusega kommunikatsioonidelikti toimepanemine	14
1.3.2. Seadusest tulenev garandiseisund	15
1.3.3. Lepingust tulenev garandiseisund	18
1.3.4. Ingerentsist tulenev garandiseisund	19
1.3.5. Hea usu põhimõttest tulenev garandiseisund	21
1.4. Pettuse objektid	24
1.5. Vahekokkuvõte	28
2. KONKLUDENTSELT PETMINE	30
2.1. Konkludentse teoga kelmuse toimepanemise lubatavus ja vajadus	30
2.2. Karistusõiguslikud kriteeriumid konkludentselt petmisele	35
2.2.1. Konkludentne petmine Riigikohtu praktikas	35
2.2.2. Saksamaa kohtupraktikas välja toodud konkludentselt petmise kriteeriumid ja nende sisustamine	37
2.2.3. Kriitika Saksa kohtupraktikas tunnustatud kriteeriumitele	42
2.2.4. Kokkuvõte karistusõiguslikest kriteeriumitest	46
2.3. Konkludentselt ebaõige ettekujutuse loomise kaasusgrupid	49
2.3.1. Üldtunnustatud konkludentse petmise kaasusgrupid	49
2.3.2. Spordikihlveo sõlmimine	52
2.3.3. Petu- või libakõned	54
2.3.4. Tellimuslõksud internetis	58
2.4. Vahekokkuvõte	61
KOKKUVÕTE	64
Die konkludente Tat als Straftat im Sinne des § 209 Abs 1 des estnischen Strafgesetzbuches. Zusammenfassung	69
KASUTATUD KIRJANDUS	73
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	76
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	77
MUUD MATERJALID	78

KASUTATUD LÜHENDID	79
--------------------------	----

SISSEJUHATUS

Kelmuse süüteokoosseis on karistusseadustiku¹ (KarS) § 209 lg-s 1 olnud formuleeritud kahel viisil. Enne 2015. aasta karistusõiguse revisjoni oli KarS § 209 lg 1 kohaselt karistatav varalise kasu saamine teadvalt tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomise teel.² Alates 1. jaanuarist 2015 kehtiva KarS § 209 lg 1 redaktsiooni³ kohaselt on kelmus teisele isikule varalise kahju tekitamine tegelikest asjaoludest teadvalt ebaõige ettekujutuse loomise teel varalise kasu saamise eesmärgil. Ümbersõnastamisega sätestati süüteokoosseis identselt Saksa karistusseadustiku⁴ (StGB) §-ga 263, mis sätestab kahju selgelt koosseisutunnusena ja kasu subjektiivse koosseisu elemendina,⁵ kuid koosseisujärgne tegu on alates KarS-i esmajõustumisest olnud tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine ehk pettus.⁶

Kui verbaalselt või kirjalikult petmise võimalikkus ei tekita üldjuhul kahlust, on vaikides tähendusliku teoga kelmuse toimepanemine problemaatilisem. Eesti karistusõigusdogmaatikas on Saksa erialakirjanduse eeskujul tunnustatud pettuse toimepanemist väljendusliku ja konkludentse tegevusega ning samuti ka tegevusetusega.⁷ Sarnaselt Saksamaale on konkludentset kelmuse toimepanemine tunnustamist leidnud ka teistes Mandri-Euroopa õigussüsteemi kuuluvates riikides⁸ aga ka *Common Law* süsteemiga riikides.⁹ Konkludentse teo problemaatika seisneb eelkõige selles, et seadusandja on kelmuse objektiivse koosseisu sõnastanud suure abstraktsusastmega, mis annab seaduse rakendajale vähe pidepunkte, kuidas konkludentset petmist sisustada.

Eeltoodust lähtuvalt on käesoleva magistritöö peamiseks eesmärgiks määratlada, millistel tingimustel saab lugeda KarS § 209 lg-s 1 sätestatud kelmuse kuriteokoosseisule vastav tegu toimepanduks, kui teo toimepanija ei ole midagi väljenduslikult avaldanud või ükski tema väljendatud avalduse sisu ei ole olnud vale.

¹ Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364.

² Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364...RT I, 21.06.2014, 28.

³ Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364...RT I, 12.07.2014, 1.

⁴ Strafgesetzbuch. – 13.11.1998 BGBl. I S. 3322 ... 30.10.2017 BGBl. I S. 3618.

⁵ M. Kairjak. Majanduskaristusõigus karistusõiguse revisjoni raames - Juridica 2014/VIII, lk 634.

⁶ RKKKo 3-1-1-72-10 p 12.

⁷ Juba KarS-i jõustumisest on sellist seisukohta õiguskirjanduses avaldanud nt J. Sootak. Vt J. Sootak. KarSK 2002. § 209, komm-id 11.1-11.3. Lisaks kohtupraktikas enne KarS-i jõustumist RKKKo 3-1-1-124-00 p 6.2.

⁸ G. Arzt. Strafrecht II Art. 111-392 StGB. „Basler Kommentar“. 3. trükk. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag 2013. § 146 vnr 42 jj; D. Kienapfel. Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. Band II. Delikte gegen Vermögenswerte. 2. trükk. Viin: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1988. § 146 vnr 44 jj.

⁹ DPP v Ray, 1973 WL 40033 [1974] A.C. 370.

Eesti õiguskirjanduses on konkludentse petmisteoga seonduvat kõige üksikasjalikumalt käsitlenud J. Sootak nii KarS-i kommenteeritud väljaandes¹⁰ kui ka varavastaste süütegude õpikus,¹¹ kuid nendes on piirdutud peamiselt Saksa õiguskirjanduses avaldatud peamiste seisukohtade väljatoomisega. Lisaks on riivamisi maininud konkludentse petmisteo olemasolu P. Pikamäe, kes pole aga täpsemalt analüüsinud, kuidas võiks konkludentset petmistegu sisustada.¹² Kuigi Riigikohtu praktikas on korduvalt jaatatud kelmuse toimepanemist konkludentset, on see praktika paraku seotud üksnes ühe kindla kaasusgrupiga, mille pinnalt ei ole võimalik üldistavaid järeldusi teha. Seega, kuigi õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on konkludentne petmistegu leidnud tunnustamist ning vaatamata sellele, et tegemist on ühe peamise isikutevahelist suhtlust puudutava kuriteoliigiga, on varasemalt avaldatud seisukohad ebapiisavad, et välja tuua konkreetsed kriteeriumid, millal isiku käitumine vastab aktiivsele pettusele ning millistel juhtudel on isiku vastutus võimalik üksnes tegevusetuse eest. Seetõttu on vajalik konkludentse petmisteo põhjalikum sisustamine, et seaduse rakendajatel oleks selgem, kuidas konkludentset pettust tegevusetusest eristada ning et ära hoida juhuslikud, konkreetse kaasuse ebaõiglusest lähtuvad tõlgendamised, mis hiljem osutuvad ebasobivateks.

Kelmuse kuriteokoosseis kuulub KarS-i eriosa tuumkoosseisude hulka. Statistika kohaselt registreeriti 2017. aastal 832 kelmust. Selle näitaja poolest on kelmus statistika kohaselt olulisuselt viies kuriteokoosseis ning varavastaste kuritegude seas teine – kõige enam esinev kuritegu on vargus, mis on samuti varavastane kuritegu, ning mille toimepanemine tuvastati 7633 korral.¹³ Kelmuse koosseisu uurimise aktuaalsus seisneb lisaks tema tihedale esinemisele ka selles, et nii ühiskond kui ka tehnoloogia areneb, mistõttu pannakse vähem toime arhailise iseloomuga vargust ning kasutatakse võimalust „kodust lahkumata“ teiste isikute vara arvelt kasu saada. Lisaks eeltoodule on kelmuse uurimine päevakajaline ka seetõttu, et kelmuse oluline osa on kommunikatsioon. Suhtlus on igapäevane ja lihtne nähtus, millega tegelevad igapäevaselt kõik inimesed.¹⁴ Seega võib kelmus puudutada iga ühiskonna liiget. Eeltoodud asjaolude summast tekivad probleemid, kuidas nõ klassikalised mitmesaja aasta jooksul väljakujunenud kuriteokoosseisud tänapäevase kiire ja mitmekülgse suhtlusega ühilduvad. Seetõttu on isikute käitumise hindamine ja sellest järelduste tegemine aina komplitseeritum.

¹⁰ J. Sootak. KarSK 2015. § 209 komm 10.1.

¹¹ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 40.

¹² P. Pikamäe. Mõningad kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas - Juridica 2011/II, lk 136.

¹³ Statistikaamet. Registreeritud kuriteod astme/liigi järgi. — <http://andmebaas.stat.ee/Index.aspx?lang=et&DataSetCode=JS001#> (21.08.2018).

¹⁴ R. Palmaru. Juhatus kommunikatsiooniteooriasse. Akadeemia Nord: Tallinn 2003, lk 15.

Magistritöö eesmärgist ja eeltoodud konkludentse pettusega seonduvast lähtuvalt püstitab autor järgnevad hüpoteesid:

- 1) Kelmuse toimepanemine tegevusetusega on võimalik üksnes piiratud juhtudel, mistõttu on see ebasobiv isikute vara efektiivse kaitse tagamiseks;
- 2) Konkludentse petmisteo sisustamine läbi tsiviilõiguslike instituutide on ilma *nullum crimen nulla poena sine lege certa* põhimõtet rikkumata võimalik.

Tulenevalt püstitatud hüpoteesidest ja magistritöö eesmärgist analüüsitakse käesolevas magistritöös järgnevaid uurimisküsimusi:

- 1) Mis on kelmuse koosseisule vastav petmistegu ning kuidas seda sisustada?
- 2) Millised on kelmuse toimepanemise viisid ning kuidas neid eristada?
- 3) Miks on lubatav isiku karistamine mitteväljendusliku teo eest?
- 4) Mis tingimustel on võimalik kelmuse toimepanemine tegevusetusega?
- 5) Kuidas tuleb mõista tegelikke asjaolusid kelmuse koosseisu mõttes ning millised on tunnustatud pettuse objektide liigitused?
- 6) Milliseid kriteeriumeid on teiste Mandri-Euroopa õigussüsteemide riikide kohtupraktikas ja õiguskirjanduses välja toodud konkludentse petmisteo sisustamiseks ning kas need on Eesti õiguses rakendatavad?
- 7) Kas konkludentset petmistegu on võimalik sisustada läbi tsiviilõiguse?
- 8) Milliste tegelike asjaolude suhtes on konkludentset ebaõige ettekujutuse loomine võimalik?

Käesolevas magistritöös kasutatakse püstitatud uurimisküsimusele vastuse leidmiseks uurimismeetodina süstemaatilist, analüütilist ning võrdlevat meetodit. Uurimisküsimustele vastuse leidmisel kasutatakse allikatena nii Eesti kui Saksamaa Liitvabariigi õigusakte, kuivõrd StGB § 263 on olnud nii kelmuse kuriteokoosseisu kui ka üldisemalt KarS-i eeskujuks.¹⁵ Lisaks on kasutatud mõlema riigi kohtute praktikat ning õiguskirjandust. Esmasteks allikateks on Riigikohtu kriminaalkolleegiumi kelmuse koosseisu puudutavad lahendid ning varavastaseid süütegusid puudutav erialakirjandus, peamiselt J. Sootaku teoseid. Võrdlevalt on kasutatud ka tsiviilõigust puudutavat erialakirjandust, eelkõige hea usu põhimõtet ja tehinguõpetust puudutavaid materjale. Lisaks on võrdleva meetodina kelmuse kuriteokoosseisu sisustamiseks analüüsitud Saksa tsiviil- ja karistusõigust, muuhulgas on vajadusel rõhutatud õigussüsteemide

¹⁵ M. Ernits jt. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Tallinn: Juura 1999, lk 9.

sarnasusi ning vahel ka eripärasid. Võrdleva meetodi rakendamiseks on kasutatud StGB kommenteeritud väljaandeid, mis on tänu Tartu Ülikoolile mugavalt kasutatavad. Samuti on kasutatud ka K. Tiedemanni poolt koostatud StGB § 263 kommentaare, mis on avaldatud „Leipziger Kommentar“ StGB kommenteeritud väljaandes ning Laura Mayer Luxi doktoritööd „Konkludente Täuschung beim Betrug“.

Püstitatud uurimisküsimuste uurimisel piirduakse KarS § 209 lg-s 1 sätestatud kelmuse üldkoosseisu analüüsiga. Kelmuse erikoosseisudele on viidatud üksnes vajadusel ja piiratud juhtudel, samuti ei ole analüüsitud kelmusega sarnaste koosseisude pettuslikke elemente (nt KarS § 280, KarS § 334). Täiendavalt ei ole käesolevas magistritöös analüüsitud konkreetsete kaasusgruppide näitel karistatavuse piiramist objektiivse omistamise tasandil, kuivõrd seda on 2015. aastal R. Kiris käsitlenud oma magistritöös.

Eeltoodud uurimisküsimustest lähtuvalt on käesolev magistritöö jaotatud kaheks peatükiks. Esimeses peatükis käsitletakse üldisemaid kelmusega seonduvaid küsimusi. Esmalt tuuakse välja, kuidas sisustada kelmuse kuriteokoosseisus toodud abstraktset teokirjeldust „tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine“, millisteks osadeks on see teokirjeldus jagatav ning milliseid kelmust puudutavaid lähtepunkte tuleb analüüsis arvesse võtta. Järgmisena toob autor lühidalt välja, mis on kelmuse põhideliktile vastavalt aktiivse tegevuse liigitusviisid ning milles seisneb nende erinevus. Seejärel analüüsitakse põhjalikult kelmuse kui mitteehtsa tegevusetusdelikti toimepanemise võimalikkust. Eelkõige keskendub analüüs erinevatele garantiseisundi tekkimise alustele. Lõpetuseks käsitletakse pettuse teobjekte ehk sisustatakse mõistet tegelikud asjaolud ning tuuakse välja probleemjuhud, kus on raske tegelike asjaolusid ja muid nähtusi eristada.

Teises peatükis käsitletakse kõigepealt konkludentse petmisteo lubatavust ja vajadust, mis tugineb eelmises peatükis välja toodud tegevusetusdelikti analüüsile. Järgnevalt analüüsib autor Riigikohtu praktikas esinenud konkludentse pettuse kaasuseid ning selgitab, milliseid järeldusi saab nende lahendite pinnalt seoses kelmuse kriteeriumitega teha. Seejärel selgitatakse Saksa kohtupraktikas ja õiguskirjanduses väljatoodud konkludentse petmisteo sisustamise kriteeriume, mida autor võrdleb Eesti tsiviilõigusega. Järgnevalt hindab magistritöö autor nende kriteeriumite kohaldatavust vastavalt Eesti karistusõigusele ning kõrvutab neid olemasoleva Riigikohtu praktikaga ja esitab täiendused kelmuse kaasuste lahendamise metoodikale. Peatükis toob autor välja, milliste asjaolude suhtes on konkludentse petmisteo toimepanemine

võimalik ning analüüsib üksikuid kaesusgruppe vastavalt varasemalt välja toodud konkludentse petmisteo sisustamise kriteeriumitele.

Tööd iseloomustavad märksõnad on: karistusõigus, varavastased kuriteod, pettus.

1. PETMISEST ÜLDISELT

1.1. Pettus kui kelmuse koosseisujärgne tegu

KarS § 209 lg 1 kohaselt on kelmus varalise kasu saamise eesmärgil teisele isikule varalise kahju tekitamine tegelikest asjaoludest teadvalt ebaõige ettekujutuse loomise teel. Koosseisust nähtub, et koosseisujärgne karistusõiguslikult sanktsioneeritav tegu teadvalt tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine. StGB § 263 lg 1 kohaselt on kelmuse koosseisujärgne tegu kannatanul eksimuse tekitamine ebaõigete asjaolude esitamise või õigete asjaolude moonutamise või nende varjamisega. Kuigi Saksa seadusandja on kelmuse koosseisu sõnastamisel ekslikult jätnud mulje, justkui oleks koosseisu täitmine võimalik nii tegevusega kui tegevusetusega, on Saksa õiguskirjanduses ja kohtupraktikas siiski ühene seisukoht, et tegemist ei saa olla ehtsa tegevusetusdeliktiga ning tegevusetuse eest karistamisel on vajalik tuvastada isiku garandiseisund.¹⁶

Eeltoodu on sobiv lähtepunkt ebaõige ettekujutuse loomise mõiste sisustamisel, kuivõrd seadusandja eesmärk on olnud KarS § 209 lg 1 sätestada identselt StGB § 263 lg-s 1 sätestatud kelmuse koosseisuga.¹⁷ Eesti õiguses eksisteerib lisaks karistusõiguslikule kelmusele ka tsiviilõiguslik pettus. Tsiviilõiguslik pettus on tsiviilseadustiku üldosa seaduse¹⁸ (TsÜS) § 94 lg 1 kohaselt isiku tahtlik eksimusse viimine või eksimuses hoidmine temale ebaõigete asjaolude avaldamise teel, eesmärgiga kallutada seda isikut tehingut tegema. TsÜS § 92 lg 2 täiendab eeltoodut ja sätestab, et eksimus on ebaõige ettekujutus tegelikest asjaoludest. Kelmuse ja tsiviilõigusliku pettuse peamine erinevus seisneb selles, et TsÜS § 94 lg-s 1 sätestatud pettusega kaitstakse eelkõige privaatautonomiat ja tehinguvabadust,¹⁹ samas kui karistusõiguslikult ei ole relevantne petja eesmärk kallutada isikut tehingut tegema, vaid eelkõige vara kaitsmine. See erinevus välista tsiviilõiguses antud petmise ja eksimuse mõistete kasutamist kelmuse kuriteokoosseisujärgse pettuse sisustamisel.

Seadusandja on KarS § 209 lg-s 1 koosseisujärgset tegu sõnastades väljendiga „tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine“ loonud väga suure abstraktsusastmega teokirjelduse. Õiguskirjanduses on võrdsustatud ebaõige ettekujutuse loomine pettusega.²⁰ Võttes arvesse

¹⁶ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 21.

¹⁷ M. Kairjak. Majanduskaristusõigus karistusõiguse revisjoni raames. - Juridica 2014/VIII, lk 634.

¹⁸ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216.

¹⁹ K. Saare, K. Sein, M.A. Simovart. Tehingu tühistamise aluseks oleva eksimuse ja pettuse piiritlemine. - Juridica 2007/X, lk 706.

²⁰ J. Sootak. KarSK 2015. § 209 kom 9.1 või P. Pikamäe. Mõningad kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas. - Juridica 2011/II, lk 129-130.

eelnevalt viidatud Saksa kelmuse koosseisu sõnastust ja TsÜS-is antud eksimuse ja pettuse definitsioone, on asjakohane täpsustada, et seadusandja on KarS § 209 lg-s 1 ühe fraasiga kirjeldanud nii koosseisujärgset tegu kui vahetagajärge. See nähtub ka näiteks KarS-i kommenteeritud väljaandest, kus ühest küljest on J. Sootak leidnud, et ebaõige ettekujutuse loomine on pettuslik tegu ehk petmine, kuid on seejärel märkinud, et petmine loob kannatanul tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse ehk kannatanu viiakse eksimusse.²¹ Sarnaselt tsiviilõiguslikule pettusele tuleks kelmuse koosseisu mõttes koosseisujärgse teona näha pettust ehk ebaõigete asjaolude avaldamine, millele tuleks täpsuse huvides lisada StGB § 263 lg 1 eeskujul ka õigete asjaolude moonutamine ja varjamine. Kui teo toimepanija poolt ebaõigete asjaolude avaldamine, õigete asjaolude moonutamine või varjamine loob kannatanul ebaõige ettekujutuse asjaoludest, siis on ta toime pannud koosseisuteo.

Kelmus eeldab seega vähemalt kahe isiku olemasolu, kellest üks isik suunab valeväiteid kellelegi ning teisel tekib valeväidete tõttu eksimus. Sellega erineb KarS § 209 lg-s 1 sätestatud kelmuse üldkoosseis arvutikelmusest (KarS § 213), sest viimase puhul ei ole teise isiku eksimusse viimine vajalik.²² Seega eeldab kelmus süüdlase ja kannatanu suhtlemist, mis võib olla nii vahetu kui ka vahendatud. Selline omadus on omane õiguskirjanduses kirjeldatud suhtesüütegudele.²³ Saksa õiguskirjanduses on kelmuse kohta lisaks suhtesüüteo mõistele kasutatud ka väljendit kommunikatsioonidelikt,²⁴ mis on autori arvates parem termin kelmuse olemuse iseloomustamiseks kui suhtesüütegu või -delikt. Kommunikatsiooni käigus toimub teabe edastamine ja vastuvõtmine ehk kelmuse kontekstis on teabe edastamine ebaõigete asjaolude avaldamine, õigete asjaolude moonutamine või varjamine. Kommunikatsiooni käigus peab informatsiooni omaja talle teadaoleva teabe formuleerima ja selle vastuvõtjale edastama ning vastuvõtja peab omakorda selle vastu võtma ja seda interpreteerima.²⁵ Kui kannatanu interpreteerib avaldatut nii, et tal tekib eksimus tegelike asjaolude suhtes, satub ta eksimusse. Kuna kelmuse koosseisujärgne tegu seisneb informatsiooni vahetamises, kuid teabe omaja ei esita tõest või kogu teavet ning selle korrektsel vastuvõtmisel tekib adressaadil eksimus, siis on tegemist kommunikatsioonideliktiga, sest kommunikatsioon on lahutamatu osa kelmusest.

Samas võib sõna „suhe“ viidata sellele, et isikute vahel peab olema mingisuguse kvaliteediga suhe, nagu näiteks sugulussuhe (KarS § 144), lähi- või sõltuvussuhe (KarS § 121 lg 2 p 2),

²¹ J. Sootak. KarSK 2015. § 209 komm-id 9.1 ja 11.1.

²² J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 53; KarSK 2015. § 213 komm-id 1 ja 3.

²³ J. Sootak. Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2010, VI vnr 49.

²⁴ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 4; R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 25.

²⁵ T. Maran. Mimikri kui kommunikatsioonisemiootiline fenomen. Doktoritöö. Tartu 2005, lk 29.

ametisuhe (vt ametiseisund KarS § 288 jj) või usaldussuhe (KarS §-d 201 ja 217²). Samuti ei pea isikute vahel tekkima mingisugust vahetut suhet ega ka suhtlemist, mida iseloomustab kelmuse kvalifitseeriva koosseisu tunnus avalikuse poole pöördumine (KarS § 209 lg 2 p 5). Avalikkuse poole pöördumisel isikute vahel suhet ei teki, vaid toimub määratlemata adressaadile teabe edastamine. Mõiste „kommunikatsioon“ kasutamine viitab üheselt mõistetavalt isikutevahelisele suhtlemisele ja annab seeläbi paremini edasi, milliseid omadusi süüteokoosseisujärgne tegu endas kätkeb.

Kelmuse koosseisujärgset tegu sisustades tuleb arvesse võtta kelmusega kaitstavat õigushüve. Üldtunnustatud seisukoht on, et kelmuse süüteokoosseisuga kaitstav õigushüve on vara tervikuna. See on tuletatav eelkõige süüteokoosseisu enda sõnastusest, mida toetab kelmuse paiknemine KarS-i 13. peatüki 2. jaos. Selles jaos on sätestatud süüteod vara vastu tervikuna, erinevalt sama peatüki esimese jao süütegudest, mis kaitsevad üksnes omandit. KarS-i seletuskirja kohaselt on ka seadusandja eesmärk kelmuse koosseisu sätestamisel olnud vara tervikuna kaitsmine.²⁶ Lisaks kelmuse üldkoosseisule on seadusandja ette näinud erikoosseisud, mille puhul on peetud vajalikuks lisaks varale kaitsta ka muid õigushüvesid. Soodustuskelmus (KarS § 210) kaitseb avalikke rahalisi ja muid majanduslikke vahendeid,²⁷ investeerimiskelmus (KarS § 211) investori vara ja kapitalituru normaalset toimimist²⁸ ning kindlustuskelmus (KarS § 212) kindlustuslepingu täitmiseks vajalikku osa kindlustusandja varast ja kindlustusturu normaalset toimimist.²⁹ Arvutikelmus (KarS § 213) ei kaitse täiendavalt mõnda spetsiifilist õigushüve, vaid on eelkõige üldkoosseisu tuletis, mis on üldkoosseisuga sarnase ülesehitusega ja mille erinevus üldkoosseisust seisneb selles, et koosseisutegu ei ole mitte pettus, vaid ebaseaduslik sekkumine andmetöötlusprotsessi.³⁰

Eeltoodu ei välista, et kelmuse süüteokoosseis võiks lisaks varale kaitsta ka mõnda muud õigushüve. P. Pikamäe on kirjutanud, et kelmuse koosseisuga kaitstavaks õigushüveks peetakse esmajoonel isiku varalist seisundit,³¹ viidates sellega, et Eesti karistusõigusdogmaatikas võiks jaatada ka teiste kelmuse koosseisuga kaitstavate õigushüvede olemasolu. Kahjuks ei ole õiguskirjanduses P. Pikamäe artikli avaldamise järel tõstatanud diskussiooni kelmusega kaitstavate õigushüvede kohta. Võimaliku edaspidise diskussiooni näib olevat summutanud

²⁶ Karistusseadustiku eelnõu ja seletuskiri karistusseadustiku eelnõu juurde, lk 98. — <https://www.riigikogu.ee/download/5dc2a0c4-864b-31e6-bbb1-b888d0f999d0> (13.04.2018).

²⁷ J. Sootak. KarSK 2015. § 210 komm 1.1.

²⁸ Samas, § 211 komm 1.1.

²⁹ Samas, § 212 komm 1.

³⁰ Samas, § 213 komm-id 1-2.

³¹ P. Pikamäe. Mõningad kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas - Juridica 2011/II, lk 131.

2015. aastal aset leidnud karistusõiguse revisjon. Algsel kujul oli KarS § 209 lg 1 kohaselt koosseisujärgne tagajärg varalise kasu saamine ja teisel isikul kahju tekkimine oli tunnustatud kirjutamata koosseisutunnusena.³²

Alates 2015. aasta algusest kehtivas KarS § 209 lg 1 redaktsioonis peab pettuslik tegu kaasa tooma teisel isikul varalise kahju ja tegu peab olema kantud varalise kasu saamise eesmärgist. Seega on revisjonijärgselt selgelt rõhuasetus kaitstava õigushüve küsimuses varal, kuivõrd kelmus on lõpuleviidud üksnes siis, kui pettusliku teoga on kaasnenum ka tagajärg ehk kelmuse kontekstis varaline kahju kannatanul. Saksa õiguskirjanduses on lisaks varale kelmuse koosseisuga kaitstavate täiendavate õigushüvedena vähemusarvamustes välja toodud näiteks õigus tõele ja tegutsemisvabadusele ning hea usu põhimõte, mida ei ole aga valitsev arvamus kelmuse koosseisuga kaitstavate õigushüvedena aktsepteerinud.³³ Eeltoodud seisukohta on kinnistanud Saksa *Bundesgerichtshof* (BGH) seisukoht, et kelmus ei ole mitte igasugune tsiviilkäibe usaldusväärseuse kuritarvitamine, vaid varavastane süütegu, millega karistatakse varakahjustavat pettust.³⁴ Seetõttu pole hetkel ühtegi objektiivset põhjust, miks peaks õigusedogmaatika seadusandja poolt välja toodud ja Saksa õiguskirjandusest tunnustust leidnud õigushüve määratlusest hälbima ning õigushüvede ringi täiendama, kuid diskussioon sel teemal võib taaskord tõusetuda seoses arengutega kohtupraktikas. Lihtsat ebaõige ettekujutuse loomine ilma eesmärgita teise isiku varalise seisu kahjustamisest ise kasu saada on olukord, kus peab ebaõigluse heastamisega hakkama saama tsiviilõigus. Eeltoodust tulenevalt kelmuse koosseisujärgne pettus üksnes selline, mis on rünnak teise isiku vara vastu.

1.2. Ebaõige ettekujutuse loomine aktiivse teoga

Kelmus kui kommunikatsioonidelikt eeldab ebaõige ettekujutuse loomist aktiivse tegevusega, millel on avaldusväärus ning millega petja annab kannatanule edasi ebaõige sisuga informatsiooni.³⁵ Kommunikatsioon eeldab oma olemuse poolest suhtlust, mis üldjuhul toimub aktiivselt käitudes, sh ka üheselt mõistetava vaikiva käitumisega, näiteks pearaputusega. Lisaks on võimalik kommunikatsiooni olemasolu järeldada isiku tegudest nii, et ta ei pea seda väitmagi. Järgnevalt analüüsitakse, millised on erinevad aktiivse käitumisega suhtlemise viisid.

Aktiivseks kommunikatsiooniks on vaieldamatult väljendusliku teoga tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine, kuid kohtupraktikas on tunnustatud ka tähendusliku ehk

³² Vt nt RKKKo 3-1-1-72-10 p 12.

³³ K. Tiedemann. StGB-LK, Vorbemerkungen vor § 263 vnr 21-25a.

³⁴ BGH, 01.09.1994 - 1 StR 468/94 – BeckRS 1994, 31096005.

³⁵ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 51.

konkludentse teoga petmist olukorras, kus süüdistatav ei ole midagi pettuse eseme kohta öelnud, kuid kannatanu on mingisuguse asjaolu olemasolu eeldanud.³⁶ Sellest tuleneb ka peamine väljendusliku ja tähendusliku teo erisus. Väljendusliku ehk eksplitsiitse teo puhul isik väljendab ebaõigeid asjaolusid viisil, mida on võimalik välismaailmas üheselt tajuda ja talletada. Väljenduslik tegu pannakse toime eelkõige suuliselt või kirjalikult.

Kõige enam leiab kohtupraktikat nii Eestis kui ka sarnase õiguskorraga riikides kirjalikult toimepandud kelmuste kohta. Kirjalikult väljendatu puhul on ka isikutel, kes teo toimepanemise juures ei viibinud, lihtne tagantjäreli kirjalikult väljendatut uuesti hinnata, kuivõrd üldjuhul on sellistel juhtudel asjakohane üksnes selgelt kirjapandud avaldused. Seejuures tuleb kirjalikult avaldatut mõista võimalikult laialt, mitte kitsalt kirjalikule või kõrgemale vorminõudele vastavaid avaldusi.³⁷ Kuigi suulised avaldused eksisteerivad üksnes hetkeks on ka neid võimalik tõendada tunnistajate või kannatanu ütlustega ning juhul kui neid on salvestatud, on neid võimalik igal ajahetkel tõendada kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis. Vahetult suuliselt väljendatud väidete puhul tuleb arvestada ka avaldaja üldise käitumise, maneeride, hääletooni jms, mis võivad suuliselt avaldatu tõlgendamisel mängida olulist rolli, kuid üldjuhul kirjalike avalduste puhul neid asjaolusid hinnata ei tule. Seetõttu on igapäevasuhtlustes tehtud avalduste puhul raske eristada, milline osa pettuslikust teost oli toime pandud väljendusliku teoga ning milline osa tähendusliku teoga.

Väljendusliku teo mõiste on laiem kui verbaalne ja kirjalik tegu, mis on käsitletavad väljendusliku teo alaliikidena. Väljenduslikuks teoks võivad kvalifitseeruda ka üldtunnustatud žestid ja märgid³⁸ - meie kultuuriruumis üldtuntud žest on näiteks peanoogutus, millega väljendatakse nõusolekut ja mida saab peaaegu alati vormivaba suhtluse puhul võrdsustada suuliselt või kirjalikult väljendatud jaatusega, kuid samas võib peanoogutus kui tähenduslik tegu konkreetsele adressaadile suuliselt väljendatud asjaoludest teistsuguse mulje luua. Kui kommunikatsiooni puudutavas erialakirjanduses on tegemist erinevat liiki suhtlusviisidega,³⁹ siis karistusõiguslikult kuuluvad žestid ja märgid üldjuhul väljendusliku teo alla.

Kui väljenduslik tegu on eksplitsiitne, siis konkludentne tegu vastandub sellele ja on implitsiitne. Konkludentse teo korral on kannatanu petja tegevusest tulenevalt teinud asjaolude kohta loogilise järelduse ja satub seeläbi eksimusse, vaatamata sellele, et petja on asjaolude

³⁶ RKKKo 3-1-1-98-09 p 13; RKKKo 3-1-1-57-10 p 12; RKKKo 3-1-1-45-11 p 10.

³⁷ Vrdl TsÜS § 78 jj.

³⁸ R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 92.

³⁹ R. Palmaru. Juhatus kommunikatsiooniteooriasse. Akadeemia Nord: Tallinn 2003, lk 114-123.

moonutamise saavutanud end selgelt väljendamata või oma mõtteid sõnastamata. Konkludentse ebaõige ettekujutuse loomine seondub paljude igapäevaste pettustega, kus midagi varjatakse ja seeläbi viiakse teine isik tegelikest asjaoludest eksimusse. Igapäevase konkludentse pettusena võib välja tuua näiteks valerahaga maksmise, kus maksja jätab müüjale oma käitumisega mulje, et esitab ehtsa pangatähe.⁴⁰ Kuigi konkludentse teo eristamine väljenduslikust teost oluline on pigem teoreetiline küsimus, siis praktilise külje pealt on oluline kindlaks teha, millal isiku käitumine on kvalifitseeritav aktiivse tegevusena ning millal tuleb isiku käitumine lugeda tegevusetuseks. See on ainuüksi oluline süüdistuse formuleerimisel, kuivõrd süüdistusaktis peab olema ära toodud, kas tegemist oli tegevusega või tegevusetusega, sest selles eksimine võib kaasa tuua süüdistatava õigeksmõistmise, sest tegevusena kirjeldatud tegu ei saa kohtus tegevusetusena arutada.⁴¹

1.3. Ebaõige ettekujutuse loomine tegevusetusega

1.3.1. Tegevusetusega kommunikatsioonidelikti toimepanemine

Saksa õiguskirjanduses on esitatud üldine seisukoht, et olemuslikult ei ole kommunikatsioon tegevusetusega võimalik, sest vaikimise teel ei saa informatsiooni vahendada.⁴² Samas on kommunikatsiooni uurivas erialakirjanduses leitud, et kommunikatsiooni tähtis eripära on tema vältimatus, mistõttu on võimatu mitte suhelda ning ka soovimatus suhelda on samuti kommunikatsiooni.⁴³ Sarnaselt tunneb ka tsiviilõigus piiratud juhtudel vaikimise ja tegevusetusega informatsiooni vahetamist. TsÜS § 68 lg 4 kohaselt võib vaikimine või tegevusetus olla käsitatav tahteavaldusena, kui vastavalt on kokku lepitud või tavapärane mingis olukorras, et vastamata jätmine tõlgendatakse mingil kindlal viisil. Eeltoodud regulatsioon ei ole aga sobiv kelmuse kontekstis tegevusetuse sisustamiseks. TsÜS § 68 lg 4 funktsiooniks on eelkõige selgitada, millistel juhtudel saab tegevusetusel olla samaväärne kvaliteet nagu tähenduslikul teol. Karistusõiguslikult tuleks TsÜS § 68 lg 4 mõttes vaikimine lugeda aktiivseks teoks, sest seadusest, tavast või poolte kokkuleppest tuleneb, et vaikimisel on selles olukorras selline tähendus. Samuti tuleks erialakirjanduses viidatud soovimatus suhelda kui keeldumine lugeda aktiivseks teoks, sest näiteks tervituse peale pea ära keeramine saadab tervitajale teabe, et temaga ei soovita suhelda. Karistusõiguslik tegevusetus eeltoodut ei hõlma ning järelikult ei ole eeltoodud näited karistusõiguslikult sobivad.

⁴⁰ HMKo 26.03.2015, 1-15-1570.

⁴¹ RKKKo 3-1-1-13-07 p 10.

⁴² K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 51.

⁴³ R. Palmaru. Juhatus kommunikatsiooniteooriasse. Akadeemia Nord: Tallinn 2003, lk 15.

Kuigi kelmuse koosseisujärgne tegu ei näe ette vastutust tegevusetuse eest, siis on läbi KarS § 13 lg 1 võimalik tuletada õiguslikult käituma kohustatud isiku vastutus, kui ta jättis temalt nõutava teo tegemata. Erinevalt paljudest varavastastest süütegudest nagu näiteks varastamisest või röövimisest on Eesti õiguskirjanduses sarnaselt Saksa õigusteooriale on peetud võimalikuks kelmuse toimepanemist tegevusetusega.⁴⁴ Kuigi, nagu varasemalt viidatud, eeldab kelmus üldjuhul kommunikatsiooni, siis tegevusetuse puhul heidetakse ette info endale pidamist. See tähendab kelmuse kontekstis seda, et teine isik saab vaikimisest teha järeldusele, et kõik on hästi, kuivõrd teda informeerima kohustatud isik ei ole tema ettekujutust korrigeerinud. Garandil on kohustus eksimuses olev isik eksimusest välja tuua. Seega ei ole olemuslikult kelmuse toimepanemine asjaolude mitteavaldamisega välistatud ning isik võib vastutada kelmuse kui mitteehtsa tegevusetusdelikti eest, kui isikul oli garandiseisundist tulenev tegutsemiskohustus ehk garandikohustus. Eesti kohtupraktikas ei ole teoorias väljendatud seisukohtadele hinnangut antud, kuivõrd avalike andmete kohaselt ei ole Eestis kellelegi tegevusetusega kelmuse toimepanemist ühelegi isikule ette heidetud.

Seega tegevusetusega ei panda kelmust toime vaikimisega, vaid sellega, kui isikul oli kohustus infot jagada, kuid isik jätab selle tegemata. Kui selline kohustus on mõne kelmuse kontekstis oluline, siis on isikul tekkinud garandikohustus ning isikul endal on garandiseisund. Garandikohustuse tekkimine on kelmuse kontekstis võimalik üldistel karistusõiguse dogmaatikas tunnustatud alustel. Nendeks on eelkõige seadusest, lepingust tulenevast usaldussuhtest ja ingerentsist tulenevad garandiseisundid. Kelmusspetsiifiliselt on välja toodud, et eeltoodud nimekirjale võiks lisanduda ka hea usu põhimõttest tuletatav teavitamiskohustus kui karistusõiguslik garandikohustus.⁴⁵ Järgnevalt käsitleb autor eeltoodud garandiseisundi tekkimise aluseid pikemalt.

1.3.2. Seadusest tulenev garandiseisund

Seadusest tulenev teavitamiskohustus tuleb igakordselt vastavalt asjaoludele tuvastada. Üldjuhul on seadusandja pannud avalikku raha saavatele isikutele seadusega teavitamiskohustuse. Saksa kohtupraktikas on leitud, et kuivõrd sotsiaaltoetusi saaval isikul lasub kohustus asjaolude muutumisest teavitada, siis on teadlikult asjaolude muutumisest teavitamata jätmine käsitatav ebaõige ettekujutuse loomisena kelmuse kuriteokoosseisu

⁴⁴ J. Sootak. KarSK 2015. § 209 komm 10.2; J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr-id 35 jj; K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 51jj; R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 160 jj.

⁴⁵ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 40.

mõttes.⁴⁶ Sarnaselt Saksa õigusele sätestab ka Eesti sotsiaalseadustiku üldosa seaduse⁴⁷ § 21 lg 1 p 2 hüvitist saavale isikule kohustuse teavitada hüvitise andjat viivitamata hüvitise saamise õigust ja hüvitise andmist mõjutavatest asjaoludest ja asjaolude muutumisest. Kuivõrd ka Eesti õiguse kohaselt lasub sotsiaalhüvitisi saaval isikul seadusest tulenevalt teavitamiskohustus, on ta kaitsegarant, kes võib asjaolude muutumisest teavitamata jätmisel tegevusetusega toime panna kelmuse koosseisule vastava teo. Seega on näiteks töötuskindlustushüvitist saav isik nii üldnormi kui ka töötuskindlustuse seaduse⁴⁸ § 14 lg 1 kohaselt kohustatud viivitamatult Töötukassat teavitama asjaoludest, mis toovad kaasa hüvitise maksmise lõppemise – näiteks, kui hüvitise saaja asub töölepingu alusel tööle, astub ülikooli täiskoormusega õppima või ajateenistusse. Seejuures on oluline silmas pidada, et garandiseisund saab olla üksnes hüvitise saajal või taotlejal ehk see seisund on isikuga seotud. Seetõttu ei ole pärijal, vaatamata sellele, et ta on pärandaja üldõigusjärglane, garandikohustust ning ta ei saa toime panna kelmust sellega, kui ta ei teavita hüvitise andja pärandaja surmast ja kasutab pärandaja kontole kantud hüvitisi omal äranägemisel.⁴⁹ Seadusest tulenev teavitamiskohus ei tähenda, et garandiseisundi tekkimine nõuaks formaalses mõttes seadusest ehk parlamendi poolt vastu võetud seadusest tulenevat kohustust. Materiaalses mõttes on seadusena käsitletavat ka muud õigusaktid, mis sisaldavad õigusnorme ja on antud selleks pädeva organi poolt.⁵⁰ Seega võib avalik-õiguslike vahendite saamisel seadusest tulenev garandiseisund ning kohustus muutunud asjaoludest teavitada olla sätestatud ka seadusandjast alamalseisva organi poolt välja antud õigusnorme sisaldavas üldaktis.

Isikul võib olla garandiseisund ka seadusest tulenevalt, kui konkreetsetes tsiviilõiguslikus suhtes on seadusandja selle ette näinud. Lepingupool võib olla kaitsegarant juhul, kui seadusandja on positivistiseerinud lepingupoolele rangema teavitamiskohustuse kui seda nõuaks üldine hea usu põhimõttest või isikuvahelisest muust suhtes lähtuv käitumine. Samas tuleb iga teavitamiskohustuse puhul eraldi hinnata, kas sellest tsiviilõiguslikust teavitamiskohustust saab läbi selle eesmärgi tuletada isikule garandiseisundi. Võlaõigusseaduse⁵¹ (VÕS) § 624 lg 1 kohaselt peab käsundisaaja käsundiandjale teatama kõigist täitmisega seotud olulistest asjaoludest, eelkõige nendest, mis võivad ajendada käsundiandjat juhust muutma, samuti andma käsundiandja nõudmisel talle teavet käsundi täitmise kohta. Oluline on välja tuua, et käsundiandjal on VÕS § 624 lg-st 1 tulenevalt kohustus olulistest asjaoludest omal initsiatiivil

⁴⁶ W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 21.

⁴⁷ Sotsiaalseadustiku üldosa seadus. - RT I, 30.12.2015, 3.

⁴⁸ Töötuskindlustuse seadus. - RT I 2001, 59, 359.

⁴⁹ U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr 159.

⁵⁰ Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm. vlj. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. § 59 komm 4.

⁵¹ Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487.

käsundiandjat teavitada.⁵² Selline kohustus vastab garandiseisundi tekkimise eeldustele.⁵³ Eeltoodud teavitamiskohustus laieneb käsunduslepingu alamliikidele, kuivõrd VÕS § 658 lg 2 kohaselt kohaldatakse käsunduslepingu kohta sätestatud maaklerilepingule ja VÕS § 692 lg 2 kohaselt ka komisjonilepingule. Agendileping on samuti käsunduslepingu alamliik, kuid selle puhul konkretiseerib teavitamiskohustust VÕS § 673 lg 1. Kuigi VÕS § 624 lg-s 1 sätestatud teavitamiskohustus on käsundisaaja teavitamiskohustuse aluseks, ei pruugi selle rikkumine tsiviilõiguslikus mõttes alati kaasa tuua karistusõiguslikku vastutust tegevusetuse eest. Garandiseisundi tekkimine nõuab karistusõiguse määratlusnõudest tulenevalt, et käsundisaaja oli teadlik, et ta teavitamata jätmisega rikub oma lepingujärgset kohustust. Seega tuleks üldjuhul käsundi täitmisega seonduvaid olulisi asjaolusid kitsendavalt tõlgendada, kuid seejuures peaks käsundisaaja käsundiandjale *a priori* teavitama asjaoludest, mis talle teadaolevalt võiksid kaasa tuua käsundiandjale kahju tekkimise.

Eeltoodule vastandub näiteks VÕS §-s 443 sätestatud kindlustusvõtja teavitamiskohustus kindlustusrisi võimalikkuse suurenemisest. Kuigi selle kohustuse rikkumise teel saab kindlustusvõtja majandusliku eelise ja maksab väiksemat kindlustusmakset, siis ei saa kindlustusandja teavitamata jätmise kindlustusandjale kahju kaasa tuua, kui ei esine kindlustusjuhtumit. Kindlustusjuhtumi aset leidmisel ja VÕS §-s 443 sätestatud teavitamiskohustuse rikkumise avastamisel vabaneb kindlustusandja VÕS § 445 kindlustuslepingu täitmise kohustusest – seega pakub tsiviilõigus kindlustusvõtjale piisava kaitse ning karistusõiguslik sekkumine sellises olukorras ei ole vajalik.⁵⁴ Kui teatamata jäetud kindlustusrisi võimalikkuse suurenemise kaasa toov asjaolu omas rolli kindlustusjuhtumi tekkimisel ja kindlustusandja varjab seda asjaolu kindlustusandja eest kindlustusjuhtumist teatamisel, siis vastutab kindlustusvõtja aktiivse tegevusega KarS § 212 lg-s 1 sätestatud kindlustuskelmuse koosseisu järgi asjaolude varjamise eest.

Seadusest tulenevaks lepingulise kohustusega külgnevaks garandikohustuseks tuleks lugeda ka likvideerija kohustus teavitada likvideeritava juriidilise isiku võlausaldajaid. Aktuaalne õiguslik probleem seondub eelkõige juriidiliste isikutega, mis likvideeritakse ilma likvideerimismenetlust läbi viimata ja võlausaldajate teadmata. Samas eeldab selline juriidiline isiku likvideerimine eelduste täitmist, mis viitavad sellele, et pikemat aega on olemas olnud

⁵² P. Varul. Võlaõigusseadus III. 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2009. § 624 komm 3.1.

⁵³ U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr 158; K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 59; W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 21.

⁵⁴ R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 199.

juriidiline isik, mis ei osale tegelikult tsiviilkäibes. Kiirem viis on alkatada likvideerimismenetlus, määrata likvideerija, teadlikult jätta võlausaldajad likvideerimisest teadmata ja pealtnäha korrektselt juriidilise isiku vara ära jagada. TsÜS § 42 lg 1 kohaselt tuleb avaldada viivitamata teade likvideerimismenetluse alustamise kohta Ametlikes Teadaannetes. Tegemist on eelkõige formaalse teavitamiskohustusega, ilma milleta ei ole võimalik juriidilist isikut registrist ära kustutada. Olulisem võlausaldajate teavitamiskohustus on sätestatud TsÜS § 42 lg-s 3, mille kohaselt tuleb teadaolevatele võlausaldajatele saata individuaalne likvideerimisteade ning nende suhtes ei piisa üksnes likvideerimisteate avaldamisest.⁵⁵ Seega ei teki eeltoodud teavitamiskohustus mitte juriidilisel isikul oma võlausaldaja ees, vaid juriidilise isiku likvideerijal, kes ei ole ise võlausaldajaga lepingulises suhtes. Teavitamiskohustus on oluline võlausaldajate kaitseks sätestatud kohustus, kuivõrd teavitamata jätmisel ei pruugi võlausaldaja võlgniku likvideerimisest teada saada ja seetõttu ei teavita ta nelja kuu jooksul oma nõudest likvideerijatele ning võib juriidilise isiku likvideerimismenetlusest teada saada alles siis, kui juriidiline isik on registrist kustutatud. Seetõttu võib suure nõudega võlausaldaja nõue jääda rahuldamata, kuivõrd ta ei teavitanud õigeaegselt oma nõudest ja juriidilise isiku vabad vahendid jagati selleks õigustatud isikute vahel ära. Probleemkoht teavitamiskohustuse sisu määramisel seisneb nende likvideeritava juriidilise isiku kohustuste kindlakstegemises, millest likvideerija peab teadlik olema. Selline probleem tekib eelkõige juhul, kui likvideerijaks on nn väline likvideerija ehk isik, kes ei olnud varasemalt juriidilise isikuga seotud ning juhatuse liikmetelt asjakohast teavet ei edastata. Sellises olukorras, peaks väline likvideerija siiski teadlik olema võlausaldajatest, kelle nõue juriidilise isiku vastu on objektiivselt suur – näiteks olukorras, kus majandusaasta aruanded on läbivalt kajastanud suuri kohustusi ja see on jätkuvalt kajastatud bilansis. Kui likvideerimismenetlus algatatakse eesmärgiga võlausaldajate teadmata juriidiline isik registrist kustutada ja seeläbi jätta maksmata võlausaldajatele raha ja ise õigustatud isikuna saada osa likvideeritava juriidilise isiku varast, siis vastutab likvideerija vähemalt kaastäideviijana võlausaldaja teavitamata jätmise kui tegevusetusega ebaõige ettekujutuse loomise eest.

1.3.3. Lepingust tulenev garandiseisund

Tsiviilõiguslikust suhtest tekkivat seadusest tulenevast garandiseisundist erineb garandikohustuse tekkimine lepingust endast tulenevast usaldussuhtest. Lepingulises usaldussuhtes võtab garant endale vabatahtlikult kohustuse tagada isikule kõrgem informeerituse tase.⁵⁶ Võrreldes eelmises alapeatükis toodud seadusest tuleneva käsundisaaja

⁵⁵ K. Saare. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 42 komm 3.2.

⁵⁶ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 61.

teavitamiskohustusega, on lepingu usalduslikust olemusest tulenev teavitamiskohustus laiem, kuivõrd ei piirdu seaduses normeeritud kohustusega. Tavalisest seadusest tulenevast teavitamiskohustusest eristub lepingust tulenev teavitamiskohustus isikute seotuse ja usaldusastme poolest – igasugune käsundusleping neile tingimustele ei vasta. Garandiseisund tekib eelkõige juhul, kui lepingu eesmärgiks on ära hoida ühe lepingupoole eksimusest tulenev enesekahjustamine – selle tuvastamiseks tuleb vaadata lepingut tervikuna.⁵⁷ Samas võib garandiseisund ainuüksi tuleneda asjaolust, et poolte vahel on pikaajalisem lepinguline suhe, mis loob täiendava usalduse.⁵⁸ Saksa õiguskirjanduses on tüüpnaidetenähtena võimalike lepingust endast tulenevate garandikohustustena ära toodud erinevad nõustamisteenused – õigusabi, maksunõustamine ja finantsnõustamine on oma olemuselt sellised teenused, mis loovad kõrgendatud usaldussuhte.⁵⁹ Garandiseisundi tekkimiseks vajalik usaldussuhe võib lepingupoolte vahel tekkida ka vaikiva seltsingu ja konverteeritava laenu puhul, kus lepingupooltel on ühine majanduslik huvi.⁶⁰

Eeltoodust nähtub, et usaldussuhe on eelkõige seotud sellega, et mingi ala spetsialist pakub oma majandus- või kutsetegevuse raames teenust, mis alandab kliendi riske ning usaldus tekib kliendil teenusepakkuja vastu, mitte vastupidi. Garandiseisund tekib usaldataval isikul üldjuhul olukordades, kus tema huvid ei ole vastandlikud kliendi omadega ehk professionaal aitab oma teadmistega vähemteadlikku klienti ning küsib selle eest kokkulepitud tasu. Võõrandamislepingute puhul on aga üldjuhul isikute huvid vastandlikud – müüja soovib asja ostjale võimalikult kallilt maha müüa ning ta ei saa olla ostja valvegarandiks. Erisuse võib teatud juhtudel kaasa tuua ostja ja müüja pikaajalisem suhe, mis omamoodi läbi majandusliku seotuse ja huvi muudab nende huvid vähem vastanduvateks.

1.3.4. Ingerentsist tulenev garandiseisund

Garandikohustus võib tekkida ka varasemast kohustusevastasest käitumisest. Ingerents tähendab eelnevat ohtlikku või hoolsusvastast tegu, mistõttu selle tegijal tekib kohustus ära hoida saabuda võiv kahju.⁶¹ Varasema kohustusevastase käitumise tagajärjel tekkinud olukord peab olema selline, et ainuüksi mittetegutsemine põhjustab ohu, mille tõttu saabub koosseisujärgne (vahe)tagajärg ehk eksimus või varsemalt tekkinud väärkujutlus süveneb.⁶² Ingerentsist tuleneva teavitamiskohustuse eelduseks on seega varasemalt loodud oht

⁵⁷ W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 22.

⁵⁸ R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 190.

⁵⁹ U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr 160; K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 62.

⁶⁰ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 62.

⁶¹ J. Sootak. Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2010, XI vnr 69.

⁶² BGH, 19.11.2013 – 4 StR 292/13 – BGHSt 59, 68-75, vnr 6.

eksimuseks. Selline oht võib tuleneda sellest, et garant on varasemalt mittetahtlikult väitnud mingi tegeliku asjaolu olemasolu, kuid saab hiljem teada, et tema poolt avaldatu oli vale ning kannatanu ei ole veel varakäsutust teinud. Kui garant avaldas varasema aktiivse tegevusega ebaõigeid väiteid tegelike asjaolude kohta, kuid ta ei olnud teadlik, et ta ise on ka eksimuses, ei vasta tema tegevus kelmuse süüteokoosseisule, kuivõrd garant ei loonud ebaõiget ettekujutust tegelikest asjaoludest teadvalt ja ta ei avaldanud neid eesmärgiga saada varalist kasu. Tegevusetus on aga etteheidetav sellises olukorras, kus varasemalt valeinfot avaldanud garant saab hiljem teada, et on kannatanul loonud ebaõige ettekujutuse tegelikest asjaoludest, kuid jätab kannatanu teadvalt eksimusse, et ise kasu saada.⁶³ Näiteks nutitelefone müüva poe müügimehel tekib ingerentsist tulenevalt garandiseisund, kui ta pole enda hooletuse tõttu telefonitootja viimaste uudistega kursis ja ta annab ostjale valeinfot, et ostja poolt soetatavat mudelit pole telefonitootjal plaanis uuendada. Kui müügimees saab enne telefoni müümist teada, et ta oleks pidanud teadma, et lähiajal on tulemas uus mudel, peab ta sellest ostjat teavitama, sest teavitamata jätmisel võib ostja soetatud nutitelefon järelturul olla vähem väärt, sest tegemist pole enam kõige uuema mudeliga. Samas ei saa müügimees vastutada kelmuse aktiivse tegevuse ega tegevusetusega toimepanemise eest, kui ta avaldaski enda teadmata ebaõigeid asjaolusid ja kannatanu tegi eksimuses olles varakäsutuse ning müügimees saab ebaõigete andmete avaldamisest teada pärast tehingu tegemist. Sarnaselt eelmises alapeatükis käsitletud lepingust endast tulenevale garandiseisundile on ka ingerentsi puhul oluline isikutevaheline usalduselement ning garandile teadaolev kannatanu huvi avaldatud asjaolu õigsuse vastu. Mõned autorid on õiguskirjanduses välja toonud, et kelmuse kontekstis on ingerentsist tuleneva garandiseisundi eelduseks lepingust või seadusest tulenev võlasuhe⁶⁴, mis võib olla vajalik eeldus üksnes erandlikel juhtudel, kuivõrd isegi tehingu sõlmimata jätmisel on pooltel näiteks lepingueelsete läbirääkimiste regulatsioonist tulenevalt teineteise ees seadusest tulenevad võlaõiguslikud kohustused.

Saksa õiguskirjanduses on autorid eriarvamusel, kas ingerentsist tuleneb garandiseisund ka olukorras, kus lepingueelsetel läbirääkimistel avaldati küll tõeseid asjaolusid, kuid enne varakäsutuse aset leidmist on need muutunud ebatõesteks.⁶⁵ Varasemalt toodud müügimehe näitel on ta nädala alguses ostjale väitnud, et uusi mudeleid tootja lähiajal välja ei too ning nädala lõpus avaldab autotootja uudise uute mudelite kohta müügimeestele. Üldjuhul tuleks autori hinnangul garandiseisundi tekkimist sellises olukorras pigem eitada. Kelmuse

⁶³ BGH, 08.03.2017 – 1 StR 466/16 – BGHSt 62, 72-85, vnr 27.

⁶⁴ R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 165.

⁶⁵ U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr 155. Garandiseisundi olemasolu jaatab nt Tiedemann: K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 68.

koosseisuga on seadusandja tauninud kasu saamist kannatanu teadva eksitamisega ning läbi ingerentsi on isikule pandud kohustus kannatanut teavitada, kui isik avaldas ebaõiget infot, mis tema teadmata oli ebaõige juba avaldamise hetkel. Kui aga olukord muutub ja varasemalt avaldatu ei ole õige, ei ole isikul ingerentsist tulenevalt üldjuhul karistusõiguslikku kohustust lepingu teist poolt asjaolude muutumisest teavitada, kui selline kohustus ei tulene konkreetsest võlasuhte liigist või lepingust endast - sellises olukorras on karistusõiguse seisukohast piisav isiku tsiviilõiguslik vastutus asjaolude teavitamata jätmise kohta näiteks VÕS § 14 lg 2 alusel. Kui aga teisele lepingupoolele on lubatud asjaolude muutumisest teatada, võib tegevusetuse korral isik vastutada lepingust tuleneva teavitamiskohustuse rikkumise tõttu, mitte aga ingerentsist tekkinud garandiseisundi alusel.

Lepingust tulenevalt tekkinud garandiseisund ja kohustusevastasest käitumisest tekkinud garandiseisund erinevad seega eelkõige isikute vahelise suhte eesmärkidest. Üldjuhul tuleneb garandiseisund sellisest lepingust, mida iseloomustab usaldussuhe ja koostöö – garant on võtnud kohustuseks teise isiku huvides käituda. Viimase näite piinalt saab öelda, et selline üksteise huvides käitumine võib aset leida ka juhul, kui isikute vahelised eesmärgid on vastuolus, kuid üks pool võtab vabatahtlikult kõrgema teavitamiskohustuse. Üldjuhul on aga vastuoluliste lepinguliste eesmärkidega isikute vahel ingerentsist tulenev kohustus tegutseda siis, kui garant on tahtmatult avaldanud ebaõiget infot ning peab eksimusse viidud isiku omal algatusel sealt välja tooma.

1.3.5. Hea usu põhimõttest tulenev garandiseisund

Eesti õiguskirjanduses on Saksa autoritele tuginedes viidatud hea usu põhimõttele kui võimalikule kelmusspetsiifilisele garandiseisundi tekkimise alusele, ent selle täpset sisu ja ulatust ei ole täpsustatud.⁶⁶ Arvestades hea usu põhimõtte üldist sisu on nii selle sisu kui ka ulatuse määramine garandiseisundi alusena olulise tähendusega. TsÜS § 138 lg-s 1 sätestatud hea usu põhimõtte kui üldise tsiviilõigusliku printsiibi kohaselt tuleb õiguste teostamisel ja kohustuste täitmisel toimida heas usus. Saksa õiguses on hea usu põhimõtte sätestatud Saksa tsiviilseadustiku⁶⁷ (BGB) §-s 242, mis on olnud eeskujuks Eesti õiguses hea usu põhimõtet sätestavatele TsÜS § 138 lg-le 1 ja VÕS § 6 lg-le 1.⁶⁸ Seega kuivõrd nii kelmuse kuriteokoosseis kui ka hea usu põhimõtte on sätestatud Saksa õiguse eeskujul, siis on ka hea usu

⁶⁶ Vt nt J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 40.

⁶⁷ Bürgerliches Gesetzbuch. – 02.01.2002 BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 ... 30.07.2017 BGBl. I S. 2787.

⁶⁸ I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 138 komm 2. I. Kull. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2016. § 6 komm 2.

põhimõttest tuleneva garandiseisundi tekkimise võimalikkuse analüüsimisel võimalik tugineda Saksa karistusõigusdogmaatikale.

Saksamaal on mõnel juhul kõrgeim kohus jaatanud kelmuse kontekstis teavitamiskohustuse olemasolu hea usu põhimõttest tulenevalt juba pikemat aega. Olulisena võib välja tuua BGH otsuse 1954. aastast, kus BGH esimene kriminaalkolleegium lahendas kriminaalasja, kus üks episoodidest oli toime pandud tegevusetusega. Süüdistatav tellis 19.10.1948 kannatanult oma uuehitisse küttesüsteemi paigaldamise ning lubas selle eest tasuda ettemaksu 1000 DM ja hiljem hüvitada kõik seda ületavad kulud. Süüdistatava rahaline seis ei olnud tellimise hetkel niivõrd halb, et oleks saanud öelda, et ta lõi enda maksevõimelisusest kannatanul ebaõige ettekujutuse ja oleks seeläbi soovinud kannatanut kahjustada. Hiljem aga süüdistatava majanduslik seisund halvenes ja kohustused võlausaldajate ees kasvasid. Teised võlausaldajad üritasid sundtäita oma nõudeid täitemenetluses, sh pidi süüdistatav andma 09.02.1949 kohtu ees võlgniku vande. Likviidsusprobleemidest ja edututest täitemenetlustest süüdistatav kannatanut ei teavitanud ning kannatanu lähtus heauskselt 1949. aasta aprillis-mais töö tegemisel süüdistatava varasemalt antud makselubadusest. Lõpuks esitas kannatanu süüdistatavale arve summas 3300 DM, mida süüdistatav vahendite puudumise tõttu ei suutnud täita.⁶⁹

Esimese astme kohus leidis, et pettuslik tegu seisnes selles, et süüdistatav ei teavitanud kõiki lepingupartnereid oma majandusliku olukorra halvenemisest. Seetõttu oli kannatanu eksimuses, kuivõrd arvas lepingus kokkulepitud töö tegemisel, et süüdistatav on maksevõimeline ja maksevalmis. Eksimusest tulenevalt ei olnud kannatanul võimalik rakendada BGB §-s 321 sätestatud kohustuse täitmisest keeldumise õiguskaitsevahendit.⁷⁰ Kohtu arvates oli süüdistatav alates vande andmisest 09.02.1949 teadlik võimetusest endale võetud kohustusi täita ning oleks pidanud kannatanut maksevõime puudumisest teavitama.⁷¹

BGH hinnangul ei pannud süüdistatav kelmust toime tegevusega, kuivõrd tööde kokkuleppimise või tegemise ajal ei teinud süüdistatav midagi, mis oleks kannatanul ebaõige ettekujutuse loonud. Ebaõige ettekujutuse tegelikest asjaoludest lõi tõe varjamine, mis on tuletisdeliktina võrdsustatav tegevusega, kui süüdistataval oli kohustus oma majandusliku olukorra kohta andmeid avaldada. BGH leidis, et sellist kohustust ei saa tuletada

⁶⁹ BGH, 15.06.1954 - 1 StR 526/53 - NJW 1954, 1414, lk 1415.

⁷⁰ Eesti õiguses on analoogne õiguskaitsevahend sätestatud VÕS §-s 111. Vt V.Kõve. Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2016. § 111 komm 2.

⁷¹ BGH, 15.06.1954 - 1 StR 526/53 - NJW 1954, 1414, lk 1415.

õiguskaitsevahendist endast, kuid selline kohustus saab tuleneda hea usu põhimõttest. Hea usu põhimõttest lähtuvalt on lepingupoolel kohustus teist lepingupoolt teavitada asjaoludest, mille vastu teisel poolel lepingut täites on äratuntav huvi. Seega oli süüdistataval hea usu põhimõttest tulenevalt kohustus kannatanut majandusliku olukorra halvenemisest teavitada ning teavitamata jätmisega täitis ta tegevusetusega kelmuse süüteokoosseisu.⁷²

Eeltoodud kaasuse asjaolusid hinnates tuleb nõustuda asja lahendanud esimese astme kohtuga, et pikema perioodi jooksul kannatanule maksevõime puudumisest teatamata jätmine on taunimisväärne ja vastuolus hea usu põhimõttega. Seejuures aga nõustub käesoleva töö autor hilisema BGH praktikaga, et hea usu põhimõtte vastasest käitumisest ei saa garandikohustust tuletada. Esmalt ei lükanud küll BGH otseselt oma varasemat tõlgendust ümber, kuid viitas 1988. aasta lahendis, et üksnes väga kitsastel ja erandlikel juhtudel saab garandikohustus tuleneda hea usu põhimõttest, nagu leiti 1954. aasta lahendis, ning üldjuhul saab teavitamiskohustus tekkida üksnes teatud tingimuste esinemisel, näiteks peab eksisteerima isikute vahel mingisugune eriline usaldussuhe.⁷³ Viis aastat hiljem, 1993. aastal täpsustas BGH oma praktikat ja leidis, et 1954. aastal antud tõlgendus oli liiga lai ning hea usu põhimõttest endast ei saa tuleneda karistusõiguslikku teavitamiskohustust, mistõttu tuleb selles lahendis antud tõlgendusest kaugeneda.⁷⁴ Seega on BGH uusimas praktikas tagasi pöördunud üldiste garandiseisundi tekkimise aluste juurde ning ka kelmuse kontekstis garandiseisundi tekkimiseks peab teavitamiskohustus olema *expressis verbis* seaduses sätestatud või peab teavitamiskohustus tulenema lepingust endast tulenevast usaldussuhtest või ingerentsist.

Ühe põhjusena, miks ei saa hea usu põhimõttest tuleneda garandikohustust, on õiguskirjanduses välja toodud vastuolu karistusõigusliku määratletuspõhimõtetega.⁷⁵ Karistusseaduse määratletusnõue ehk *nullum crimen nulla poene sine lege certa* põhimõte keelab isikute karistamise ebamäärase teokirjelduse alusel.⁷⁶ Hea usu põhimõte on üldine käitumisstandard eraõiguslikus suhtes olevatele isikutele, mis õiguskirjanduse kohaselt on avatud norm, mida tsiviilõiguslikult kasutatakse kohustuste laiendamiseks, võlasuhete sisu täiendamiseks ning õiguste kuritarvitamise tõkestamiseks.⁷⁷ Tsiviilõiguslikult ei ole tõepoolest midagi vastuolulist selles, et isikul eksisteeris teavitamiskohustus hea usu põhimõttest tulenevalt, vaatamata sellele, et seaduses seda sõnaselgelt sätestatud ei ole. Lepingulises suhtes on kohustuste tuletamine hea

⁷² Samas.

⁷³ BGH, 22.03.1988 - 1 StR 106/88 – BeckRS 1988, 31091487.

⁷⁴ BGH, 16.11.1993 – 4 StR 648/93 – BGHSt 39, 392-402, vnr 23.

⁷⁵ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 66.

⁷⁶ J. Sootak. Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2010, I vnr 67.

⁷⁷ I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 138 komm 3.6.1.

usu ja mõistlikkuse põhimõttest isegi *expressis verbis* VÕS § 23 lg 1 p-s 4 sätestatud. Samas karistusõiguslikult on see selgelt määratletusnõude rikkumine, kui selline kohustuse sisustamine toimub alles *post factum* kriminaalmenetluse raames. Seetõttu on autor seisukohal, et garandikohustus saab tuleneda selgelt kas seaduses või lepingus kindlaks määratud kohustustest ning hea usu põhimõttest ei saa isikule tekkida garandikohustust.

Eeltoodud argumentidest tuleks lähtuda ka Eesti kohtupraktika kujundamisel. Garandiseisundi tekkimise alustesse tuleb suhtuda konservatiivselt ning arvestades kriitikat hea usu põhimõttest tulenevale garandiseisundile, tuleks autori hinnangul eitada garandiseisundi tekkimist hea usu põhimõtte alusel. See üldine käitumisstandard on oma olemuselt liiga üldine ja abstraktne, et vastata karistusõiguslikele nõuetele, eelkõige määratletusnõudele.

1.4. Pettuse objektid

Kelmuse süüteokoosseisule vastava pettuse objektiks on tegelikud asjaolud. Tegelikud asjaolud on küllaltki laialt mõistetav termin, millest tulenevalt on seadusandja jätnud täpsema määratlemise seaduse rakendajate kanda. Riigikohtu kriminaalkolleegium on sedastanud, et tegelikud ehk faktilised asjaolud on objektiivselt tuvastatavad ehk kontrollitavad sündmused, olukorrad või seisundid. Täiendavalt märkis kolleegium otsuses, et pettuse esemeks olevate asjaolude näol võib tegemist olla isiku aspektist nii väliste (nt maksevõimelisus) kui sisemiste (nt maksmisvalmidus) asjaoludega, mis kujundavad või määravad kannatanu otsust teha varakäsutus.⁷⁸ Kuigi kolleegium ei viidanud otsuses ühelegi allikale, siis tõenäoliselt on kolleegium seisukoha kujundamisel tuginenud õiguskirjanduses juba varasemalt avaldatud sarnasele seisukohale.⁷⁹

J. Sootak on asjaolu defineerinud järgnevalt: „Asjaolu ehk fakt on tõestatav, st objektiivselt tuvastatav sündmus, olukord või seisund, mis puudutab minevikku või olevikku ning mille tõesust on võimalik kinnitada või ümber lükata.“⁸⁰ Sarnaselt on asjaolu defineerinud *Reichsgericht* (RG), mis leidis 1920. aastal, et asjaolu on midagi toimunud või midagi olevat, mis on tajutav ja tegelikult eksisteeriv ning seega tõendatav.⁸¹ RG definitsiooni on Saksa

⁷⁸ RKKKo 3-1-1-98-09 p 13.

⁷⁹ J. Sootak. KarSK 2002. § 209 komm 10.1. J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn: Juura 2003, lk 118-119.

⁸⁰ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 14.

⁸¹ RG– II 1214/20 – RGSt 55, 129-138, lk 131. „Der Begriff der Tatsache im Sinn § 186 StGB seht etwas Geschehenes oder etwas Bestehendes, das zur Erscheinung gelangt und in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweise zugänglich ist“

õigusteoorias laialt aktsepteeritud.⁸² Eeltoodu lihtsustamisel saab väita, et koosseisujärgne asjaolu peab vastama kahele tingimusele – esiteks peab asjaolu olema tõendatav ning teiseks ei saa pettuse objektiks olla tulevikusündmus.

Tõendatavaks asjaoluks võivad olla lisaks välismaailmas avalduvatele asjaoludele (välised asjaolud) ka sisemaailma asjaolud (sisesed asjaolud).⁸³ Väliseid asjaolusid eristab sisemaailma asjaoludes reeglina see, et neid on lihtsam tajuda ja tõendada. Esemetega seonduvad välised asjaolud on näiteks vanus, hulk, autentsus, kvaliteet, koormatus (nt pandiga). Isikutega seotud välised asjaolud on näiteks kompetents, sissetulek, perekonnaseis, äriühingu vorm, lepingupartnerid.⁸⁴ Kelmusega seonduvad sisemised asjaolud on inimese psüühikaga seonduvad asjaolud nagu kavatsused, motiivid, uskumused, teadmised ja ettekujutused.⁸⁵ Sisemised asjaolud peavad siiski omama mõju välismaailmas, et neid oleks võimalik tajuda ja tõendada, vastasel korral pole need tegelikud asjaolud. Eesti kohtupraktikas on korduvalt tunnustatud sisemiste ja väliste asjaolude eristamist ning on näitena toodud maksevõimelisus kui väline asjaolu ja maksmisvalmidus kui sisemine asjaolu.⁸⁶ Kohustuse võtmine, mille täitmine leiab aset tulevikus, loob teisele lepingupoolele ettekujutuse, et isik on valmis tulevikus võetud kohustuse täitma ehk lepingu sõlmimisel on kohustuse võtjal maksmisvalmidus. Eeltoodu ei kujuta endast tulevikku, vaid olevikku puudutava asjaolu moonutamist, kui isik ei kavatsegi sõlmitava lepinguga võetud kohustust täita.⁸⁷ Seega on tuleb maksmisvalmiduse olemasolu hinnata just kohustuse võtmisel, mitte aga tähtaja ületamisel.

Pelk väärtushinnang ei ole tegelik asjaolu. Kui faktiväide on kontrollitav ja selle õigsus on kohtumenetluses tõendatav, siis väärtushinnang ehk väärtusotsustus väljendub teisele isikule antud hinnangus, mida on võimalik põhjendada, aga mille tõesust ei saa tõendada.⁸⁸ Kui hinnang sisaldab fakti nagu näiteks ekspertarvamus, siis on tegemist nn faktituumaga hinnanguga, mis õiguskirjanduse kohaselt loetakse samaväärseks faktiväitega.⁸⁹ Väärtushinnangu puhul peab eristama seda, kas üritatakse ohvrile luua väärt ettekujutust tegelikest asjaoludest või mitte ning arvestama ka muid asjaolusid. Selge piiritlemine faktiväitest võib teatud juhtudel osutada keeruliseks. Näiteks on J. Sootak leidnud, et väide

⁸² Vt nt K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 9; R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 67; U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr 73.

⁸³ RKKKo 3-1-1-98-09 p 13.

⁸⁴ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr-id 11-12.

⁸⁵ R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 77

⁸⁶ RKKKo 3-1-1-98-09 p 13; RKKKo 3-1-1-57-10 p 12; RKKKo 3-1-1-45-11 p 7; RKKKo 3-1-1-17-15 p 9.

⁸⁷ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 17.

⁸⁸ RKTko 3-2-1-24-15 p 10.

⁸⁹ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 23.

„Hotell asetseb suurepärase ranna lähedal“ sisaldab faktiväidet, et hotell ei ole rannast kaugel, aga väide, et rand on suurepärase, kujutab endast väärtushinnangut.⁹⁰ Esiteks on vaieldav väite „rand on suurepärase“ lugemine *a priori* väärtushinnanguks ja välistada selle võimalikkus tegeliku asjaoluna. See väide võib osutada kelmuserelevantseks asjaoluks, sest kannatanule luuakse ettekujutus, et sihtkohas asub suurepärase rand. Kui tegemist on ilusa rannaga, siis ei saa tõesti end kannatanuks pidav isik väita, et tegemist ei ole suurepärase rannaga, vaid lihtsalt ilusa rannaga ja seega on talle ebaõigetest asjaoludest loodud ebaõige ettekujutus. Samas jällegi, kui väite avaldaja teab, et see rand, mida ta silmas peab, ei ole suurepärase, vaid suvaline liivariba, kust võib leida klaasikilde ja ei ole üldiselt meeldiv koht rannapuhkuseks, siis võib väide „suurepärase rand“ osutada tegelikuks asjaoluks, millest on kannatanule loodud ebaõige ettekujutus. Samuti võib teada olla, et kuigi lähedal asub ilus rand, siis see rand on mingil põhjusel ujumiseks kõlbmatu ning rannas lehvib ujumist keelav lipp. Teiseks võib paratamatult ka väide „lähedal“ osutada subjektiivseks hinnanguks. Näiteks piirkonnas, kus kõik hotellid asuvad ranna ääres, võib „lähedal“ tähendada kuni 100 meetrit, kuid näiteks tiheasustusega piirkonnas võib „lähedal“ rand asetseda hotelli lähedal, kui see on mõistliku jalutuskäigu kaugusel.

Õiguslikud hinnangud ja seisukohad võivad teatavatel juhtudel omada asjaolu kvaliteeti. Üldjuhul on tavaline, et isikul on subjektiivne arvamus, et talle tuleneb poolte vahelisest õigussuhtest, eelkõige tsiviilõiguslikust suhtest, mingi õigus ja ta üritab seda teise isiku vastu maksma panna. Õiguslikud väited on pettuse esemeks üksnes siis, kui need samaaegselt sisaldavad väiteid tegelike asjaolude kohta või vähemalt saab selliste asjaolude olemasolu järeldada – pelk nõudeõiguse olemasolu väitmine ei saa kelmuse koosseisu mõttes olla tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine.⁹¹ Pettusena ei ole käsitletav ka mistahes vaidlust lahendavale organile oma õigusliku positsiooni ehk subjektiivse õigusliku hinnangu esitamine, kuid nn protsessikelmusega on tegemist, kui isik eksitab kohut tegelike asjaolude kohta. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁹² (TsMS) § 200 lg 2 kohaselt ei tohi menetlusosaline kohut eksitada ning TsMS § 328 lg 1 järgi peavad poolte avaldused faktiliste asjaolude kohta olema tõesed. Eeltoodust tulenevalt on TsMS § 200 lg 2 mõttes kohtu eksitamine küll taunimisväärne, kuid tõe avaldamise kohustus hõlmab üksnes poolte avaldusi faktiliste

⁹⁰ Samas, vnr 21.

⁹¹ R. Hefendehl. Ist ein Verfügen über das Guthaben nach bankinterner Fehlbuchung strafbar?

- Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 8. 11. 2000 - 5 StR 433/00. – NSTz 2001, 281, lk 281.

⁹² Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197.

asjaolude kohta. Äärmiselt küsitav on seisukoht, et menetlusosalise poolt oluliste asjaolude mahavaikimine või kohtu eksimusse jätmine võib samuti olla käsitletav protsessikelmusena.⁹³

Hagimenetlust iseloomustavad võistlevus ja dispositiivsus, sealhulgas ka poolte enda kohustus esitada tõendeid oma väidete tõendamiseks (TsMS § 230 lg 1) ning seetõttu ei saa protsessikelmuseks lugeda tegevusetust, mis on toime pandud mõne asjas tähtsust omava asjaolu avaldamata jätmisega – tsiviilprotsessi osalisel ei teki garandiseisundit⁹⁴. Samuti on *iura novit curia* põhimõttest tulenevalt õiguse kohaldamine vastavalt tõenditest tuvastatud asjaoludele kohtu ülesanne, mistõttu ei saa menetlusosalistele karistusõiguslikult ette heita kohtu eksimusse jätmist. Kui kohtuotsus põhineb menetlusosalise poolt esitatud õiguslikul hinnangul, mis on vastuolus kohtupraktika või valitseva õigusteooriga, ei ole tegemist tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomisega ning seega ei saa kohtuniku poolt vääralt õiguse kohaldamine olla kelmuse koosseisu mõttes relevantne eksimus.

Kuivõrd tulevikusündmused ei saa olla tõsiasjad, siis prognoos, et mingisugune asjaolu eksisteerib tulevikus, on üldjuhul väärtushinnang. Kui aga prognoosi sisu põhineb teadaolevatel faktidel, mida teadvalt moonutatakse, siis võib ka prognoosimisega luua kannatanul ebaõige ettekujutuse asjaoludest viisil, mis vastab kelmuse süüteokoosseisule.⁹⁵ Prognoosi aluseks olevad faktid, mida võidakse moonutada, on näiteks loodusteaduslikud teadmised ja avastused, muud isiklikud kogemused ja ühiskondlikud tavad, mida on põhimõtteliselt võimalik empiiriliselt kontrollida ehk tõendada ning omavad tegeliku asjaolu kvaliteeti.⁹⁶ Lisaks võib faktide moonutamise asemel prognoosi koostaja lihtsalt valetada, et prognoos põhineb mingil asjaolul, mida ta teab, kuid tegelikult on ta selle ise välja mõelnud. Sarnaselt on ka investeerimiskelmusega (KarS § 211) seonduv investeerimine alati suunatud tulevikus võimalikult suure tootluse saamisele, kuid valeandmetena saab käsitleda ebakorrektsid ennustusi, mis lähtuvad nt ebareaalsest käibe suurenemisest või intressimäärast, kuid ebaõigete andmete esitamisenä ei saa käsitleda korrektseid prognoose, mis lihtsalt mingitel asjaoludel ei täitu.⁹⁷

⁹³ I. Järvekülg, V. Kõve. Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. I-V osa (§-d 1-305). Komm. vlj. Tallinn: Juura 2017, § 200 komm 3.1.3.1.; I. Järvekülg, V. Kõve. Tsiviilkohtumenetluse seadustik II. VI-X osa (§-d 306-474). Komm. vlj. Tallinn: Juura 2017, § 328 komm 3.1.5.

⁹⁴ W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 21.

⁹⁵ J. Sootak. KarSK 2015. § 209 komm 8.2.

⁹⁶ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 17.

⁹⁷ J. Sootak. KarSK 2015. § 211 komm 4.

1.5. Vahekokkuvõte

Tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine hõlmab endas kahe isiku vahelist informatsiooni vahetamist, kus üks neist avaldab teisele teadvalt ebaõigeid asjaolusid või moonutab või varjab õigeid asjaolusid ning seeläbi tekitab kannatanul asjassepüütavatest tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse ehk eksimuse. Ebaõiget infot avaldatakse üldjuhul väljendusliku teoga verbaalselt või kirjalikult, kuid kohtupraktikas on tunnustatud ka tähendusliku ehk konkludentse teoga ebaõige info avaldamist. Konkludentse teo tuvastamine on oluline eelkõige praktilistel kaalutlustel, eristamaks seda tegevusetusest, sest konkludentne pettus on aktiivne tegevus ning vastab kelmuse põhideliktile, kuid tegevusetuse eest on isikule ainult võimalik tuletada läbi tegevusetusdelikti, mida on oluline näiteks süüdistuse koostamisel silmas pidada. Autor analüüsis Saksa õiguskirjandust ja tõi välja need piiratud juhul, mil on tunnustatud kelmuse toimepanemist olukorras, kus isikute vahel suhtlus puudub. Selleks, et isik saaks vastutada teise isiku eksimusest välja toomata jätmise eest, pidi sellel isikul kui garandil olema teavitamiskohustus. Garandiseisund tekib ühel isikul teise ees eelkõige juhul, kui see tuleneb seadusest, konkreetsest lepingulisest suhtest või ingerentsist ehk tulenevalt varasemast õigusvastasest käitumisest tekitatud ohust. Isikul tekib garandikohustus eelkõige siis, kui asjaomaste isikute eesmärgid nendevahelises suhtes ei ole vastandlikud. Vastandlikud huvid on isikutel näiteks müüja-ostja suhtes, kus müüja tahab enda asja eest saada võimalikult kõrget hinda ning ostja tahab vastupidi enda poolt soovitud asja eest võimalikult vähe maksta. Garandikohustuse tekkimine on eelkõige omane pigem suhetele, kus isikute eesmärgid on samasuunalised, kus garant teab teise isiku eesmäärke ning on võtnud kohustuseks aidata teisel isikul eesmärkideni jõuda, mistõttu tekib nende vahel usaldussuhe. Vastandlike huvide puhul ei saa garandikohustust tuletada ka hea usu põhimõttest, kuivõrd tegemist on tsiviilõigusliku üldpõhimõttega ja sellest karistusõiguslikku garandiseisundi tuletamine ei vastaks karistusõiguslikule määratlusnõudele. Seega on garandikohustuse tekkimise võimalused väga kitsad ning üldjuhul isikutevahelises suhtluses tegevusetusega kelmust toime panna ei saa. Seetõttu on tavakäibes oluline vaadelda, kas kannatanul tekkis eksimus teise isiku aktiivse tegevuse, eelkõige konkludentse tegevuse tõttu. See, millistele tingimustele peavad isiku tähenduslikud teod vastama, kuulub analüüsimisele järgmises peatükis. Lisaks ebaõige ettekujutuse loomise viiside analüüsimisele selgitati käesolevas peatükis õigusteoorias väljendatud seisukohti kasutades välja see, mida tuleb kelmuse kuriteokoosseisu kontekstis lugeda tegelikeks asjaoludeks. Autori hinnangul saab tegelikud asjaolud kokku võtta järgnevalt: esiteks peab asjaolu olema tõendatav ning teiseks ei saa asjaoluks olla tulevikusündmus. See on vajalik lähtepunkt järgnevale analüüsile, kuivõrd käesoleva töö raames on oluline teada,

millest ebaõiget ettekujutust saab luua. Seeläbi saab analüüsida, kas isik lõi ebaõige ettekujutuse isikus tegelikest asjaoludest kelmuse koosseisu mõttes või näiteks väärtushinnangutest, millest ebaõige ettekujutuse loomine kelmusena karistatav ei ole.

2. KONKLUDENTSELT PETMINE

2.1. Konkludentse teoga kelmuse toimepanemise lubatavus ja vajadus

Esmapilgul võib tähendusliku teoga kuriteo toimepanemine olla raskesti hoomatav. Ebaõige ettekujutuse loomine hõlmab endas valetamist, mis sotsiaalse nähtusena on moraalselt taunitav.⁹⁸ Seadusandja on pidanud vajalikuks kelmuse koosseisu ettenägemisega vara vastu suunatud ebaõige ettekujutuse loomised muuta karistatavaks.⁹⁹ Seetõttu tundub enamikule taunimisväärne olukord, kus suuliselt valetatakse teisele isikule tegelike asjaolude kohta ehk avaldatakse ebaõigeid asjaolusid väljendusliku teoga, et teine isik teeks eksimuses olles enda jaoks kahjuliku varakäsituse ning seeläbi saaks valetaja õigustamatult kasu. T. Bachmann on selgitanud, et vale on iseloomulik nii olelusvõitlusele kui ka kultuurinähtusele. Eelise saamiseks võtavad üksikisikud ja kollektiivid sageli appi väärosutamise (valetamise, teeskluse, varjamise). Sageli võib vale kasutamine olla põhjustatud saavutusmotiivist, egoismist või suurutlemisest.¹⁰⁰

Sellest eelpool kirjeldatud sotsiaalsest nähtusest tulenevalt otsitakse tihti viisi, kuidas luua endale ebaaus eelis, kuid seejuures käituda moraalselt ning veelgi enam karistusõiguslikult aktsepteeritavalt. Seetõttu võib enamikule, sealhulgas ka paljudele juristidele, kes igapäevaselt karistusõigusega ei tegele, tulla üllatusena see, et näiteks hotellitoa telefoni teel broneerimisel on helistaja tähendusliku teoga hotellitöötajas loonud ettekujutuse enda maksevõime ja maksmisvalmiduse kohta.¹⁰¹

Tsiviilõiguslikult on hotellitoa broneerija avaldanud tahet kokkulepitud summa eest broneerida mingiks kuupäevaks hotellituba ning kui hotellitöötaja vastab helistaja oferdile omapoolse aktseptiga, on võlaõiguslik leping sõlmitud (VÕS § 9 lg 1). Seega on helistaja oma tahte avaldamisega soovinud õigusliku tagajärjena üksnes broneerimislepingu sõlmimist ja ta ei ole otsese või kaudse tahteavalduse (TsÜS § 68 lg-d 2 ja 3) mõttes hotellitöötajale kinnitanud, et ta tegelikult ka kavatseb hotellitoa eest ka maksta. Reeglina toimub hotellitoa eest maksmine alles hotellist väljaregistreerimisel ja seega on võimalik ilma midagi ette maksmata hotelli teenuseid kasutada ning nende eest maksmata lahkuda. Kui helistaja lähtus broneeringu tegemisel tasumise tavast ja teadis, et ta saab ilma midagi maksmata hotelli teenused ära tarbida, on ta

⁹⁸ T. Bachmann. Psühholoogia. Raamat juristile. Tallinn: Juura 2015, lk 204.

⁹⁹ Vt kelmusega kaitstava õigushüve kohta ptk 1.1.

¹⁰⁰ T. Bachmann. Psühholoogia. Raamat juristile. Tallinn: Juura 2015, lk 204.

¹⁰¹ Sarnases olukorras konkludentselt pettusliku teo toimepanemist on analüüsitud ka õiguskirjanduses, vt J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 33.

paljude silmis pahatahtlikult rikkunud oma peamist võlaõiguslikku lepingust tulenevat kohustust, kuid ei ole samas helistaja otseselt kelm olnud, sest pole kedagi oma valeväidetega eksimusse viinud, samuti ei pruugi paljud tulevikus maksmist vaadelda tegelikult eksisteeriva asjaoluna.¹⁰²

Iseenesest ei ole taunimisväärne leida, et selline kaasuses toodud käitumine ei peaks olema karistusõiguslikult sanktsioneeritav, kuivõrd õiguskord eelistabki karistusõiguse võimalikult vähest sekkumist isikute eraõiguslike suhetesse. Siiski on germaani õiguse perekonna riikides¹⁰³ peetud vajalikuks tunnustada lisaks väljenduslike valeväidetega kelmuse toimepanemisele ka tähendusliku teoga asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomist. Lisaks Saksa õiguskirjandusele ja kohtupraktikale, kus on juba tekkinud arvestatav hulk kaasuseid ja kaasusgrupe konkludentse pettuse kohta,¹⁰⁴ on konkludentselt pettuse toimepanemine tunnustamist leidnud ka Austrias¹⁰⁵, Šveitsis¹⁰⁶ ning ka Eesti õiguskirjanduses ja kohtupraktikas.¹⁰⁷

Kelmusega kaitstavaks õigushüveks on vara.¹⁰⁸ Seega on seadusandja leidnud, et kelmuse koosseisus kirjeldatud pettus, mis on toime pandud teise isiku vara arvel kasu saamise eesmärgil, on niivõrd tõsine rünne Eesti Vabariigi põhiseaduse (PS) §-s 32 sätestatud omandipõhiõiguse vastu, et selline käitumine peab olema karistatav ning sellisel juhul ei piisa efektiivseks kaitseks tsiviilõiguslike õiguskaitsevahendite sätestamisest. Omandipõhiõigusega külgnev põhivabadus on PS § 19 lg-st 1 tulenev privaatautonomia põhimõte.¹⁰⁹ Privaatautonomia osaks on vormivabadus.¹¹⁰ Vormivabaduse on Eesti seadusandja pidanud vajalikuks *expressis verbis* sätestada nii TsÜS § 77 lg-s 1 kui ka VÕS § 11 lg-s 1. Seega on privaatautonomiast tulenevalt isikutel õigus tsiviilõiguslikke suhteid luua igasugusel viisil, kui just seadusandja ei ole pidanud vajalikuks seda piirata nende enda kaitseks – näiteks peavad kinnisasja võõrandamisel nii võlaõiguslik kohustustehing kui ka asjaõiguslik käsutustehing

¹⁰² Vt tegelike asjaolude kohta ptk 1.4.

¹⁰³ Vt õigusperekondade liigituse kohta R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2007, lk 95.

¹⁰⁴ Vt koos viidatud kohtupraktikaga: K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 28 jj, R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr-id 88 ja 95-159; U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr-id 67 ja 109-140; W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr-id 14-17c.

¹⁰⁵ D. Kienapfel. Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. Band II. Delikte gegen Vermögenswerte. 2. trükk. Viin: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1988. § 146 vnr 44 jj.

¹⁰⁶ G. Arzt. Strafrecht II Art. 111-392 StGB. „Basler Kommentar“. 3. trükk. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag 2013. § 146 vnr 42 jj.

¹⁰⁷ Vt J. Sootak. KarSK 2015. § 209 komm 10.1, RKKKo 3-1-1-98-09 p 13, RKKKo 3-1-1-57-10 p 12, RKKKo 3-1-1-45-11 p 10.

¹⁰⁸ Vt kelmuse koosseisuga kaitstava õigushüve kohta ptk 1.1.

¹⁰⁹ Privaatautonomia kuulumist üldise vabaduspõhiõiguse kaitsealasse on jaatanud Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium ning ka üldkogu: RKÜKo 3-2-1-79-13 p 28 ja RKPJKo 3-4-1-34-14 p 41.

¹¹⁰ K. Sein. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 77 komm 3.1.

olema notariaalselt tõestatud vormis (asjaõigusseaduse¹¹¹ §-d 119 ja 120) ehk seaduses ettenähtud vormidest kõige kõrgemas vormis (vt TsÜS § 82). Eeltoodu tähendab, et seadusandja on ainult konkreetsetel juhtudel piiranud tsiviilkäivet tehingule kohustuse vormi kehtestamisega, mis tagab tsiviilkäibele efektiivsuse ja mitmekülsuse.

Privaatautonomia tugineb suurel määral usaldusele, mis omakorda tugineb hea usu põhimõttele. See üldine käitumisstandard, mis on Mandri-Euroopa õigussüsteemi keskne põhimõte,¹¹² annab ka seaduse tasandil ühiskonnale edasi kaht olulist juhtnööri. Esiteks tuleb isikutel omavahelistes suhetes heauskselt käituda ning on keelatud õiguste teostamine üksnes eesmärgiga teisi isikuid kahjustada (TsÜS § 138). Teiseks annab see käitumisstandard igapähele sõnumi, et tal on lubatud teist isikut usaldada, sest seadus keelab teistsuguse käitumise. Kui valetamine prevaleeriks aususe ees, siis oleks võimatu inimeste edukas koostegevus, mis suures osas tugineb usaldusväärsusele.¹¹³ Seega on oluline, et isikud saaksid omavahel teha võimalikult laiades piirides tehinguid, kuid samas on vajalik tagada nende varale kaitse igasuguste pahatahtlike rünnakute eest, olenemata sellest, millises vormis see rünnak on tehtud.

Varasemalt toodud hotellitoa broneerimise näite pinnalt mõjuks tsiviilkäibe raames oma õiguste teostamisele kahtlemata negatiivselt see, kui isikud hakkaks vältima suuliselt ja muus vormis tehingute tegemist, kuivõrd õiguskord nende tehingute puhul ei taga isikute varale kaitset pettuslike rünnakute eest. See võiks tekitada isikute vahel usaldamatust ning näiteks restoranides võib see kaasa tuua vajaduse nõuda isikutelt kirjalikku nõusolekut, et nad kinnitavad oma maksevõimelisust ning lubavad tellitud toidu eest enne lahkumist maksta. Lisaks tsiviilkäibe tagamisele ei oleks õigussüsteemi sisesest koherentsusest tulenevalt põhjendatud lubada kaudsete tahteavalduste vahetamisega tehingute tegemist (TsÜS § 68 lg 3) ehk vorminõude puudumisel lugeda kaudsed tahteavaldused samaväärseteks selgelt väljendatud tahteavaldustega,¹¹⁴ kuid samas selliselt asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine ei oleks karistusõiguslikult taunitav.

Seega on ainuüksi privaatautonomia teostamise viisidest tulenevalt vajalik, et tähendusliku teoga asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine oleks oma tagajärgede, sh karistusõiguslike tagajärgede poolest samaväärne väljendusliku teoga. Seega on eeltoodust tulenevalt põhjendatud, et vormivabadus hõlmab ka seda, et isik vastutab üldjuhul kogu oma tegevuse

¹¹¹ Asjaõigusseadus. - RT I 1993, 39, 590.

¹¹² I. Kull. Hea usu põhimõte kaasaegses lepinguõiguses. Doktoritöö. Tartu Ülikooli kirjastus 2012, lk 8.

¹¹³ T. Bachmann. Psühholoogia. Raamat juristile. Tallinn: Juura 2015, lk 204.

¹¹⁴ P. Varul. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 68 komm 3.3.

eest, olenemata sellest, kas ta tegi seda suuliselt, kirjalikult või mõnes muus vormis, sest tsiviilõiguslikult on kaudse tahteavaldusega võetud kohustused samaväärsed kirjalike kohustustega. Järelikult on konkludentse teoga kelmuse toimepanemise võimalikkuse aktsepteerimine põhjendatud muuhulgas isikute vara efektiivse kaitsmise huvides, et seda kaitsta igasuguses vormis aktiivse teoga toime pandud pettuse eest ning ei piirduks üksnes selgelt väljendatud pettustega.

Samas ei tohi kelmusele vastavaks lugeda igasugust ebaausust ning tegude ringi tuleb kuidagi täpsemalt määratleda. Tegevusetusega kelmuse toimepanemise puhul seadis autor sarnaselt Saksa kohtupraktikale kahtluse alla järelduse, et tsiviilõiguse üldisest käitumisstandardist, hea usu põhimõttest, võiks tuleneda karistusõigusliku garandiseisundit ja seega kohustust teisele isikule kõigist asjaoludest teavitada, kuivõrd selline käsitus oleks vastuolus karistusseaduse määratlusnõudega.¹¹⁵ Sellest võiks järeldada, et ka mitteväljenduslike tegude lugemine rikub karistusõiguslikku põhimõtet *nullum crimen nulla poene sine lege certa*. Määratlusnõudest tulenevalt peavad keelatud ja karistatava teo tunnused olema normi adressaadile mõistetavad vähemalt sel määral, et nende sisu oleks tõlgendamisega avatav.¹¹⁶ Ebaõige ettekujutuse loomine kui koosseisujärgse teo kirjeldus on küll abstraktne, kuid tõlgendamise teel on arusaadav, et selle sisuks on keelata varalise kasu saamise eesmärgil teise isiku eksimusse viimine talle ebaõigete asjaolude avaldamise või õigete asjaolude moonutamise või varjamisega.¹¹⁷ Kui varasemalt toodud hotelli broneerimise näites ei saa öelda, et helistaja oleks ebaõigeid andmeid avaldanud, on ta siiski vähemalt varjanud asjaolu, et ta ei kavatsegi hotellitoa eest maksta. Seejuures aga peab helistajal olema arusaadav, et teise inimese heausksust kasutades on ta loonud temas ebaõige ettekujutuse tehingu aluseks olevatest asjaoludest – tööandjale lojaalne hotellitöötaja ei teeks broneeringut olukorras, kus helistaja väidaks *expressis verbis*, et ta sooviks broneerida tuba, aga ei kavatse selle eest maksta. Seeläbi on võimalik teha lihtne järeldus, et maksevalmidust varjav isik loob asjaolude varjamisega kannatanul ebaõige ettekujutuse aktiivse tegevusega, kuivõrd tema suhtlusest ja pöördumisest on tuletatav, et ta soovib kokkulepitud tasu eest hotelli teenuseid kasutada.

Kelmuse konkludentse teoga toimepanemise võimalikkuse õiguspärasust on jaatanud ka Saksamaa Liitvabariigi Konstitutsioonikohus (BVerfG). BVerfG selgitas, et StGB § 263 lg-s 1 sätestatud teokoosseisu ei ole õigustamatult laiendatud, kui loetakse koosseisujärgseks teoks ka

¹¹⁵ Vt ptk 1.3.5.

¹¹⁶ J. Sootak. Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2010, I vnr 67.

¹¹⁷ Vt täpsemalt ptk 1.1.

tähenduslikku tegu. Sealjuures tõi kolleegium välja, et seeläbi ei loeta karistatavaks tegevuseks tavapärasest ebaausust või isiku igasuguseid pahatahtlikke eesmärke – karistatavad on ainult sellised konkludentse teod, millel on tähendusväärtus ja millega luuakse kannatanul ebaõige ettekujutus ning mis vastavad teistele süüteokoosseisus sätestatud eeldustele. Seeläbi on kolleegiumi hinnangul tagatud, et isegi kui lepingut on tahtlikult rikutud, ei ole see karistatav, kui rikkumisega ei tekitatud teisele isikule kahju või kahju ei olnud lepingu rikkumise eesmärgiks.¹¹⁸

KarS § 209 lg 1 sätestab kelmuse koosseisu veelgi abstraktsemalt kui StGB § 263 lg 1 ning seega on põhjendatud sarnane järeldus ning jaatada konkludentse teoga pettuse toimepanemist, kuivõrd tõlgendamise teel on võimalik jõuda seisukohale, et igasugune isiku käitumine, sh ka mitteverbaalne, mis loob teisel isikul asjaoludest ebaõige ettekujutuse, on kelmusena karistatav, kui ka teised süüteokoosseisu elemendid on täidetud. Põhjendatud ei saa olla ka kriitika, et isiku igasugune tegu on subsumeeritav kelmusena, isegi juhul kui eksimusse sattunu järeldas teise isiku käitumisest midagi, mida sealt tegelikult ei olnud võimalik välja lugeda või mille edasiandmist väidetav kelm ei soovinud. Sellisel juhul ei oleks tegemist kelmuse koosseisujärgse teoga, kuivõrd kelmusena on etteheidetav vaid selline konkludentne tegu, millega teo toimepanija teadvalt viis teise isiku eksimusse. Kui konkludentsest käitumisest võis seda välja lugeda, aga isik ei soovinud sellist muljet teisele isikule jätta, siis ei vasta tema tegu kelmuse subjektiivsele koosseisule. Seetõttu ei saa olla tegemist määratlusnõudele mittevastava teokoosseisu kirjeldusega, kuivõrd mitte igasugune konkludentne tegu ei ole käsitletav kelmusena, vaid üksnes selline konkludentne tegu, millega tahetigi teisel isikul asjaoludest ebaõiget ettekujutust luua. Seega on ka Eesti õiguskorras põhjendatud järeldada, et lisaks väljenduslikule teole on ka konkludentsest võimalik toime panna kelmuse koosseisule vastav tegu, kuivõrd see ei ole vastuolus õigusriiklike karistusõigusliku määratletuse põhimõttega ning seega on konkludentsest teoga kelmuse toimepanemise tunnustamine lubatav.

Kuigi käesolevas alapeatükis on analüüsitud, miks on lubatav jaatada kelmuse koosseisule vastav tegu toimepanduks konkludentse teoga ning miks on see tsiviilkäibe efektiivse toimimise tagamiseks vajalik, tuleks sellesse jätkuvalt kriitiliselt suhtuda. Seda eelkõige põhjusel, et konkludentsest petmisest võib saada mugav viis, kuidas garandiseisundi tuvastamise kohustust vältida¹¹⁹ ning iga tegevusetusena kvalifitseeritav käitumine

¹¹⁸ BVerfG, 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 – BVerfGE 130, 1 – 51, vnr 168.

¹¹⁹ Vt ptk 1.3.

fantaasiarikka argumenteerimise abil konkludentseks teoks rüütada.¹²⁰ Seetõttu on, lähtudes üldisest määratletusnõudest, vajalik konkludentselt petmist pigem kohaldada kitsalt, et ei tekiks kohtupraktikat, mis võiks alust anda eelpool toodud hirmule, et igasugust pahatahtlikkust ja ebaausust võiks lugeda konkludentselt petmiseks.

2.2. Karistusõiguslikud kriteeriumid konkludentselt petmisele

2.2.1. Konkludentne petmine Riigikohtu praktikas

Riigikohtu kriminaalkolleegium on oma praktikas mitmel korral jaatanud konkludentselt petmist. Juba enne KarS-i jõustumist 2001. aastal selgitas Riigikohus, et kui on tuvastatud, et süüdistataval ei olnud juba enne lepingu sõlmimist eesmärgiks selle tingimusi täita ning varakäsituse teostamiseks viidi kannatanu pettuse abil eksitusse, on kannatanul loodud väärkujutus selles, et kannatanul tekkis mulje süüdistatava maksmisvalmidusest. Riigikohus lisas veel *expressis verbis*, et sellise valmiduse esitamine ei ole pettuslikuks teoks mitte ainult konkludentse, vaid verbaalselt.¹²¹ Riigikohus jaatas seega Eesti õiguskorras konkludentse käitumisega pettuse toimepanemise võimalikkust juba 2001. aastal, kuid seda varem kehtinud seaduse rakendamisel. Eeltoodud seisukoht on Riigikohtu praktika kohaselt jätkuvalt asjakohane, kuivõrd kriminaalkolleegium on sellele otsusele viidanud ka asjas nr 3-1-1-57-10, mil kohaldamisele kuulus KarS-is sätestatud kelmuse koosseis.¹²²

Üks esimestest pärast KarS-i jõustumist tehtud lahenditest, kus esinesid konkludentselt pettuse toimepanemise tunnused, oli Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus asjas nr 3-1-1-98-09, mille asjaolude kohaselt sõlmisid süüdistatavad kannatanuga liisingulepingu, kuigi nad ei kavatsenudki algusest peale liisingumakseid tasuda.¹²³ Riigikohtu kriminaalkolleegium leidis, et tuleb arvestada sellega, et kuna liisingulepingu kohaselt kohustub liisinguvõtja maksuma liisingueseme kasutamise eest tasu, siis on ka tema maksmisvalmidus selliseks tegelikuks asjaoluks, milles petmine võib abstraktselt vastata kelmuse objektiivsele küljele ning kriminaalasja raames tuvastati, et vähemalt ühel süüdistatavatest puudus lepingut sõlmides tahe seda täita.¹²⁴ Seega tunnustati selles lahendis, et kuigi süüdistatavad Riigikohtu hinnangul ei avaldanud valeandmeid maksevõimelisuse kohta, siis ühe süüdistatava teade liisinguandjale selle kohta, et ta ei kavatsenudki algusest peale võetud lepingulisi kohustusi täita, viitab sellele, et liisinguandjal tekitati konkludentselt ebaõige ettekujutus maksmisvalmidusest.

¹²⁰ L. Kutzner. Zweifelsfragen des Betrugstatbestands am Beispiel des Wettbetrugs. – JZ 2006, 712, lk 713.

¹²¹ RKKKo 3-1-1-124-00 p 6.2.

¹²² RKKKo 3-1-1-57-10 p 12.

¹²³ RKKKo 3-1-1-98-09 p 2.

¹²⁴ RKKKo 3-1-1-98-09 p 13.2.

Konkludentselt maksmisvalmidusest ebaõige ettekujutuse loomist on kriminaalkolleegium jaatanud ka asjades 3-1-1-45-11 ja 3-1-1-28-12, kuigi isikud süüdi tunnistanud otsused tühistati. Kohtuasjas nr 3-1-1-45-11 oli tegemist küll kelmuse koosseisule vastava teoga, kuid et tegu oli suunatud väheväärtusliku vara vastu, siis heideti teo toimepanijale ette KarS § 218 lg 1 järgi kvalifitseeritava teo toimepanemist. Menetlusalune isik tellis erinevates söögikohtades toitu ja jooke, kuid iga kord keeldus nende eest tasumast. Toidu ja joogi tellimisel ja selle tellimuse täitmiseks võtmisel sõlmis kohtualune söögikohtadega kohest täitmist eeldavad tsiviilõiguslikud lepingud, millest lähtuvalt võis eeldada, et menetlusalusel isikul oli nii maksmisvõime kui ka maksmistahe tellimuse eest maksta. Sellele vaatamata tühistati varasemad kohtuotsused ja väärteomenetlus menetlusaluse isiku suhtes lõpetati, kuivõrd väärteoprotokollides polnud tuvastatud, et kohtualusel puudus maksmistahe juba tellimisel või rakendas ta tsiviilõiguslikke õiguskaitsevahendeid ning seetõttu keeldus arvete tasumisest.¹²⁵ Sarnaselt lahenes ka kriminaalasi asjas nr 3-1-1-28-12. Kolleegium leidis, et süüdistatav on jätnud spaa baarist jooke tellides konkludentselt mulje, et ta on maksmisvõimeline ja kavatseb jookide müümisele teha ka endapoolse vastusoorituse. Süüdistatava kaitsetaktika oli üles ehitatud sellele, et ta külastas sellist spaad esimest korda ning eeldas, et talle kingitud kinkekaart hõlmab lisaks sissepääsule ka alkohoolseid jooke. Kuivõrd asjas ei olnud võimalik tuvastada, et süüdistataval puudus jookide tellimisel maksmisvalmidus, siis mõisteti ta vaatamata konkludentselt ebaõige ettekujutuse loomisele õigeks.¹²⁶

Kõik eeltoodud kaasused seonduvad maksmisvalmidusest või maksevõimelisusest ebaõige ettekujutuse loomisega. Need on asjaolud, mille suhtest konkludentselt petmist on korduvalt Saksa kohtupraktikas jaatatud.¹²⁷ Lisaks sellele, et on tunnustatud objektiivse koosseisu täitmist tähendusliku teoga, on eelviidatud kohtulahenditest õigusdogmaatika jaoks oluline ka subjektiivset koosseisu puudutav selgitus tahtluse kohta – maksmisvalmidus peab puuduma tehingu sõlmimise ajal. See on igati loogiline järeldus, sest kui maksmisvalmidus langeb hiljem ära, siis tehingu sõlmimise ajal polnud olemas seda asjaolu, millest kannatanul ebaõiget ettekujutust luua. Kuigi on olemas arvestatav Riigikohtu praktika, hõlmavad need kahjuks üksnes ühte konkreetset tüüpi pettuseid ning nendes pole välja toodud kriteeriume, mida saaks kohaldada ka sellest kaasusgrupist väljajäävatel juhtudel konkludentse teo tuvastamiseks.

¹²⁵ RKKKo 3-1-1-45-11 p-d 7, 10 ja 11.

¹²⁶ RKKKo 3-1-1-28-12 p-d 7-8.1.

¹²⁷ Vt nt BGH, 30.06.1960 – 4 StR 121/60 – BGHSt 15, 24-28; BGH, 29.03.1990 – 4 StR 681/89 – NJW 1990, 2476.

Kuivõrd eeltoodud Riigikohtu praktikast ei piisa suuremate üldistuste tegemiseks, on asjakohane analüüsida Saksa kohtupraktikas ja erialakirjanduses toodud kriteeriume.

2.2.2. Saksamaa kohtupraktikas välja toodud konkludentse petmise kriteeriumid ja nende sisustamine

Erinevalt Eesti kohtupraktikast on Saksamaal BGH lahendanud ka oluliselt ebaselgemate petmisaasjaoludega juhtumeid kui maksmisvalmidusest või maksevõimelisusest ebaõige ettekujutuse loomine. Saksa õigusteadlased on olulise orientiirina konkludentse petmise sisustamisel välja toonud BGH viienda kriminaalkolleegiumi 2006. aasta otsuse asjas 5 StR 181/06, mida tuntakse ka ühe süüdistatava nime järgi Hoyzeri kaasusena.¹²⁸ Robert Hoyzer oli jalgpallikohtunik, kes osales kokkuleppemängude korraldamises ning tänu temale pandi toime kihlveopettused.¹²⁹ Kihlveopettustega seonduvat oli BGH varasemalt vähemalt kahel korral kelmuse kontekstis käsitlenud. 1961. aastal asjas 5 StR 184/61 leidis BGH viies kriminaalkolleegium, et olukorras, kus hasartmängukorraldajale on teada, et sündmus, mille peale kihla veetakse on alanud ja ikka võtab kihlvedusid vastu, on küll kihlavedaja olnud ebaaus ja pahatahtlik, aga tema tegevus ei vasta kelmusele.¹³⁰ 1979. aastal jaatas BGH kolmas kriminaalkolleegium asjas 3 StR 313/79 konkludentse teoga kelmuse toimepanemist, kuivõrd kihlavedaja oli altkäemaksu andmisega enda riske oluliselt maandanud.¹³¹

2006. aasta otsuses kinnistas BGH varasemat praktikat, kuid et tegemist oli keerukama ülesehitusega kaasusega, selgitas viies kriminaalkolleegium konkludentse pettusega seonduvat järgnevalt: „Kohtupraktikas ja erialakirjanduses on üldiselt tunnustatud, et peale väljenduslike avalduste, eelkõige läbi teadlike ebaõigete väidete, on võimalik kelmuse koosseisujärgse pettuse toimepanemine ka konkludentse, nimelt läbi eksitava käitumise, kui selline käitumine on käibearvamust arvestades mõisteta vaikides tehtud avaldusena. /.../ Käitumise avaldusväärus ei tulene ainuüksi sellest, mida kommunikatsiooni käigus selgesõnaliselt väljendatakse, vaid ka konkreetse situatsiooni asjaolude kogumist. Konkludentse avaldatud kommunikatsiooni sisu määratletakse kindlaks läbi avaldajale teadaoleva saaja vaatepunkti ja seega läbi osaliste ilmsete eelduste. Neid ootuseid kujundavad konkreetse olukorra käibearvamus ja konkreetse situatsiooni suhtes asjassepuutuvad õigusnormid. Igal juhul tuleb

¹²⁸ Vt nt C. Becker. Konkludente Täuschung beim Betrug. – JuS 2014, 307, lk 309; M. Jahn, S. Maier. Der Fall Hoyzer - Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes. – JuS 2007, 215; K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 28.

¹²⁹ M. Jahn, S. Maier. Der Fall Hoyzer - Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes. – JuS 2007, 215, lk 215.

¹³⁰ BGH, 20.06.1961 – 5 StR 184/61 – NJW 1961, 1934, lk 1935.

¹³¹ BGH, 19.12.1979 – 3 StR 313/79 – BGHSt 29, 165-168.

konkludentse kommunikatsiooni sisu seetõttu kindlaks määrata, lähtudes käibearvamusest ja õiguslikust raamistikust, millest ilmselgelt kujunevad kommunikatsioonipartneri ootused. Seega tuleb konkreetse käitumise avaldusväärtuse tuvastamisel arvesse võtta nii faktilisi kui ka normatiivseid aspekte.¹³² Kuigi eeltoodud selgitus on esmapilgul veidi segane ning abstraktne, saab see sellegipoolest olla orientiiriks, kuidas konkludentset pettust puudutavaid kriteeriumeid sisustada.

BGH poolt välja toodud avaldusväärtuse nõue iseenesest ei sisusta kuidagi täpsemalt konkludentset petmistegu, kuivõrd avaldusväärtuseta käitumise puhul puudub võimalus teisele isikule informatsiooni edastada, mistõttu ei vastaks selline käitumine igal juhul pettuslikule teole. Eeltoodud selgituse valguses on igati asjakohane Eesti õiguskirjanduses toodud viide kaudse tahteavalduse mõistele tsiviilõiguses.¹³³ TsÜS § 68 lg-s 3 on kaudse tahteavalduse definitsioon sõnastatud järgnevalt: „Kaudne on tahteavaldus, mis väljendub teos, millest võib järeldada tahet tuua kaasa õiguslik tagajärg“. See definitsioon ise ei sobi oma olemuselt karistusõigusliku konkludentse pettusliku teo sisustamiseks, kuid seda saab kasutada lähtepunktina. Nimelt ei ole karistusõigusliku konkludentse teo puhul vajalik, et isiku käitumisest saab järeldada tahet kaasa tuua õiguslik tagajärg. Kelmuse kontekstis on oluline, et isiku teost saaks välja lugeda väite relevantsete asjaolude kohta. Seega võib TsÜS § 68 lg 3 ja Hoyzeri lahendi eeskujul konkludentse pettusliku teo definitsiooni formuleerida järgnevalt: isik paneb kelmuse toime konkludentset, kui tema tegevusest võib järeldada tahet esitada väiteid tegelike asjaolude kohta. Kuigi eeltoodud definitsioon on hädavajalik BGH poolt antud kriteeriumite sisustamiseks, on see definitsioon sellisel kujul liialt abstraktne ning tuleb täpsemalt sisustada.

¹³² BGH, 15.12.2006 – 5 StR 181/06 – BGHSt 51, 165-180, vnr-id 19-20: „In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass außer durch ausdrückliche Erklärung, namentlich durch bewusst unwahre Behauptungen, eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB auch konkludent erfolgen kann, nämlich durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. /.../ Der Erklärungswert eines Verhaltens ergibt sich demnach nicht nur aus demjenigen, was ausdrücklich zum Gegenstand der Kommunikation gemacht wird, sondern auch aus den Gesamtumständen der konkreten Situation (vgl. Vogel in Gedächtnisschrift für Rolf Keller [2003]S. 313, 315). Dieser unausgesprochene Kommunikationsinhalt wird wesentlich durch den dem Erklärenden bekannten Empfängerhorizont und damit durch die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten bestimmt (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 263 Rdn. 12). Derartige tatsächliche Erwartungen werden ganz wesentlich auch durch die Anschauungen der jeweiligen Verkehrskreise und die in der Situation relevanten rechtlichen Normen geprägt (vgl. auch Hefendehl aaO § 263 Rdn. 88; Tiedemann aaO § 263 Rdn. 30). In aller Regel muss der Inhalt konkludenter Kommunikation deshalb auch unter Bezugnahme auf die Verkehrsanschauung und den rechtlichen Rahmen bestimmt werden, von denen ersichtlich die Erwartungen der Kommunikationspartner geprägt sind. Bei der Ermittlung des Erklärungswertes eines konkreten Verhaltens sind daher sowohl faktische als auch normative Gesichtspunkte zu berücksichtigen.“

¹³³ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 31.

BGH selgitustest nähtub, et isiku konkludentse teo avaldusväärtuse kindlaksmääramisel on oluline avaldajale teadaolev saaja vaatepunkt ning mõlema osalise äratuntavad eeldused, mis kujunevad eelkõige läbi käibearvamuse ja õigusliku normistiku. Sisuliselt on tegemist konkludentse teo tõlgendamisjuhistega. Mõne autori arvates on konkludentse petmisteo eristamisel väljenduslikust teost tõlgendamine esmase tähtsusega.¹³⁴ See tähtsus seisneb muuhulgas selles, et erinevalt otsesest tahteavaldusest on kaudse tahteavalduse puhul oluline käitumisest tehtav järeldus, mis tähendab, et igal juhul tuleb seda kaudset tahteavaldust tõlgendada, kuivõrd ilma selleta ei ole võimalik järeldust teha. Seeläbi saab järelikult eristada väljendusliku teoga ja konkludentse teoga toime pandud pettust, kuivõrd väljendusliku teo puhul loeb see, mida on avaldatud, ning konkludentse teo puhul on oluline see, mida sealt saab järeldada.

Isiku käitumise tõlgendamisel võiks üheks lähtepunktiks olla tsiviilõigus, kus on seadusandja ette näinud tõlgendamisreeglid. Tahteavalduste tõlgendamist reguleerib TsÜS § 75, kusjuures lg 3 kohaselt kohaldatakse sama paragrahvi lg-tes 1 ja 2 sätestatud isiku muu õigusliku tähendusega teo tõlgendamisel. Seega tekib küsimus, kas TsÜS § 75 kohaldub võiks kohalduda ka konkludentse petmise sisustamisel, kuivõrd konkludentselt pettuse toimepanemiseks ei pea isiku teost tulenema õiguslik tagajärg ehk tegu ei pea vastama küll kaudse tahteavalduse kvaliteedile TsÜS § 68 lg 3 järgi, kuid sellest peab olema võimalik järeldada väiteid tegelike asjaolude kohta. TsÜS § 75 lg 1 koosneb kahest lausest, mis mõlemad on erineva olukorra kirjeldus. Pettuse kontekstis on relevantne eelkõige TsÜS § 75 lg 1 teine lause, kuivõrd kannatanu ei tea petja tahet teda eksimusse viia – kui teab, siis ei ole (vähemalt üldjuhul) kelmuse objektiivsele koosseisule vastavat tegu, sest isik teab, et info, mis avaldatakse on ebaõige ning ei võtagi seda tõesena. Õiguskirjanduses on selgitatud, et TsÜS § 75 lg 1 teise lause järgi on määrav tahteavalduse objektiivne väärtus ehk see, kuidas oleks tahteavaldusest aru saanud sarnane heas usus tegutsev mõistlik isik, võttes arvesse kõiki tahteavalduse tegemisega seotud asjaolusid, milleks tuleks mõistliku isiku kriteeriumist lähtuvalt arvesse võtta õigussuhte olemust, isiku käitumise eesmärki, vastava tegevus- või kutseala tavaid ja praktikad, samuti muid asjaolusid.¹³⁵ Seega on õiguskirjanduse järgi TsÜS § 75 lg 1 teine lause oma sisu poolest sarnane BGH kriteeriumitele.

W. Perron on Hoyzeri kaasuse näitel BGH kriteeriumite näitel selgitanud, et avaldusväärtuse kindlaksmääramisel on oluline petja kogu käitumise tähendus vastavalt käibearvamusele, mida

¹³⁴ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 30.

¹³⁵ I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 75 komm 3.2.2.

tuleb lisaks objektiivsetele käitumisstandarditele hinnata ka vastavalt konkreetse tegevuse (nt müük, laen, väärtpaberi ja riskitehingud) järgi, kus tuleb eelkõige arvestada riisiko jagunemist tehingu osaliste vahel, eelkõige informatsioonivaldamise aspekti. W. Perroni sõnul ei tohi see tehingupool, kellele langeb riisiko, *expressis verbis* ühtegi ebaõiget avaldust teha, samuti tuleb käibes tagada minimaalse aususe järgimine.¹³⁶ Viimane tingimus ei tulene otseselt Hoyzeri kaasusest, kuid seda W. Perroni seisukohta on tunnustanud BGH kolmas kriminaalkolleegium hilisemas, pärast Hoyzeri kaasust tehtud otsuses.¹³⁷ K. Tiedemann on BGH kriteeriumite selgitamisel rõhutanud ka seda, et lisaks tavale on konkludentse petmisteo sisustamisel oluline arvestada ka õigusliku raamistikuga, mis kujundab, konkretiseerib või vajadusel asendab tava – teatud juhtudel lähtutakse konkludentse petmisteo sisustamisel üksnes õiguslikust raamistikust.¹³⁸ Riisiko jagunemine konkreetse tehingu puhul võib üldjuhul tuleneda tsiviilõigusest, kuid tsiviilõiguse normid on sellel puhul otseselt rakendatavad siis, kui neid ei ole dispositiivsusest tulenevalt konkreetset juhul pooled ise või sellisele olukorrale kohalduv tava ümber kujundanud.¹³⁹ Kui riisiko jagunemist ei ole võimalik ei tavast ega seadusest tuletada, tuleb lähtuda W. Perroni poolt viidatud minimaalse aususe järgimise põhimõttest.¹⁴⁰

Riisiko jagunemine või riskide jagunemine on vastavalt eeltoodud käsitlustele vältimatu eeldus. Isiku konkludentisel käitumisel ei saa olla pettuslikku avaldusväärtust, kui seadusest, tehingu tüübist, pooltevahelisest kokkuleppest või praktikast tulenevalt oli asjaolu, millest teisel isikul tekkis väärkujutulus, eksimusse sattunu riisikosfääris.¹⁴¹ Riisiko jagunemine pärineb tsiviilõigusest ning iseloomustab igat sünallagmaatilist võlasuhet.¹⁴² Ka riisiko jagunemise kindlaksmääramisel on Eesti õiguses võimalik lähtuda tsiviilõigusest. TsÜS § 92 lg 5 kohaselt ei saa isik tehingut tühistada, kui ta vastavalt tehingu tegemise asjaoludele ja tehingu sisule kandis eksimuse riisikot. Üldjuhul on tsiviilõiguses küsimus eelkõige selles, kes mingisuguse asjaolu ilmnenemise eest vastutab. Tihti on sellised vastutusega seonduvad riisiko jagunemised seaduses reguleeritud. Müügilepingu korral vastutab VÕS § 218 lg 1 kohaselt asja lepingutingimustele mittevastavuse eest müüja, kui mittevastavus on olemas juhusliku hävimise ja kahjustumise riisiko ostjale ülemineku ajal, isegi kui mittevastavus ilmneb hiljem. Eeltoodud riisiko jagunemine ei ole aga dispositiivsuse põhimõttest tulenevalt absoluutne ning

¹³⁶ W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 14/15.

¹³⁷ BGH, 14.08.2009 – 3 StR 552/08 – BGHSt 54, 69-132, vnr 150.

¹³⁸ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 30. Vrd ka TsÜS § 2, eelkõige § 2 lg 2 teine lause, mille kohaselt on tava õiguse allikaks, kuid tava ei saa muuta seadust.

¹³⁹ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 30.

¹⁴⁰ Samas.

¹⁴¹ C. Kirch-Heim, T. Rönau, F. Saliger. Täuschung und Vermögensschaden beim Sportwettenbetrug durch Spielteilnehmer - Fall „Hoyzer“. – NSTZ 2007, 361, lk 362.

¹⁴² H. Kötz. Risikoverteilung im Vertragsrecht. – JuS 2018, 1, lk 1.

võib igal konkreetsel juhul vastavalt poolte kokkuleppele olla erinev.¹⁴³ Näiteks on õiguskirjanduses toodud näide, et isik ei saa eksimusele tugineda, kui ta on teadlikult võtnud endale teatavate asjaolude tegelikkusele mittevastavuse riski, näiteks kui hoonestatud kinnisasja müümisel on pooled kokkuleppel välistanud müüja vastutuse varjatud puuduste eest, ei saa ostja majavammi kahjustuste avastamisel eksimusele tugineda.¹⁴⁴ Siinjuures tuleb arvestada ka seda, et üldjuhul ei saa riisiko jagunemine kokkuleppeliselt seadusest erinevalt aset leida, kui selline kokkulepe on tühine või hea usu põhimõttega vastuolus. Õigussüsteemi koherentsuse nõudest¹⁴⁵ tulenevalt ei ole lubatav olukord, kus tsiviilõiguslikult on kokkulepe tühine ja TsÜS § 92 lg 5 kohaldamisel seda ei arvestata, kuid karistusõiguslikult pahatahtlik petja vabaneb vastutusest lepingusse pandud tühise tüüptingimuse tõttu. Hea usu põhimõtte võib riisiko jagunemisel kohaldamisele tulla ka juhul, kui seadusest või poolte kokkuleppest ei tulene selgelt riskide jagunemine ning lähtuda tuleb minimaalse aususe põhimõttest.¹⁴⁶ Arvestades käesolevas magistritöös varasemalt käsitletud garandiseisundi tekkimist, kus hea usu põhimõttest ei saanud garandikohustust tekkida hea usu põhimõtte üldisuse tõttu, siis kas riisiko jagunemise tuvastamisel ei ole sarnaselt hea usu põhimõtte kohaldamine välistatud.¹⁴⁷ Ka riisiko jagunemise sisustamisel ei saa hea usu põhimõttest karistusõiguse raames lähtuda samas ulatuses nagu seda saaks TsÜS § 92 lg 5 sisustamisel teha. Samas ei ole selle rakendamine absoluutselt välistatud. Varasemalt viidatud W. Perroni poolt antud tase ehk minimaalne ausus on sisustatav läbi hea usu põhimõtte, kuid seda piiravad majanduslikud põhiprintsiibid nagu hinna määramise vabadus.¹⁴⁸ Sellele vaatamata on tõepoolest hea usu põhimõtte rakendamine karistusõiguslikult äärmiselt problemaatiline ning pigem tuleks tugineda tavadele või pooltevahelisele käitumisele, et määratleda riisiko jagunemine isikute vahel, kuid erandjuhtudel ei ole siiski hea usu põhimõtte kaudu vastutussfääride sisustamine välistatud.

Eeltoodud autorite arvamusest ja BGH antud selgitustest Hoyzeri kaasuses saab teha järgmise järelduse. Isiku käitumist tuleb vaadelda kogumis ning selle alusel tuleb võimalikku ebaõige ettekujutuse loomist hinnata mõistliku isiku rakursist. Tuleb vastata küsimusele, kas vastavalt õiguslikule raamistikule ja käibearvamusele, sh riisiko jagunemisele, oleks keskmine mõistlik isik saanud eeldada, et teise isiku käitumisel on avaldusväärus, millest tehtav järeldus loob

¹⁴³ Erand on tarbijamüügileping, kus selline riisiko jagunemine on imperatiivne ning teistsugune jaotus ei ole lubatav. Vt M. Käerdi Võlaõigusseadus II. 2. -7. osa (§§ 208-618). Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2007. § 218 komm 4.

¹⁴⁴ M. Käerdi. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2010. § 92 komm 3.5.

¹⁴⁵ M. Kairjak. Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel. Doktoritöö. Tartu Ülikooli kirjastus 2015, lk 98.

¹⁴⁶ W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 14/15, K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 30.

¹⁴⁷ Vrdl ptk 1.3.5

¹⁴⁸ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 30.

ebaõige ettekujutuse asjaoludest. Seda aga üksnes juhtudel, kui sellisest käitumisest sai järeldada isiku tahet esitada ebaõige väide asjaolude kohta.

Kõigi kriteeriumite kokkupanemisel võib karistusõiguse metoodikast ja süüteokoosseisu ülesehitusest tulenevalt tekkida vastuolu. Nimelt tuleb õiguslikult etteheidetava konkludentse teo määratlemisel tuvastada, kas isiku käitumisest saab välja lugeda tahet esitada väide asjaolude kohta. Samas kuulub tahtlus KarS § 12 lg 3 järgi põhideliktide puhul süüteokoosseisu subjektiivsete tunnuste hulka, mis metoodiliselt tuvastatakse pärast seda, kui isiku teo vastavus süüteokoosseisu objektiivsele koosseisule on tuvastatud.¹⁴⁹ C. Becker on leidnud, et seetõttu tuleb juba objektiivse koosseisu kindlaksmääramisel puudutada ka teo subjektiivset külge.¹⁵⁰ Tegelikult on selline vastuolu näiline. Tegemist on küll subjektiivse kriteeriumiga, kuid objektiivse koosseisu tuvastamise tasemel on oluline see, kas mõistlikule isikule pidi tekkima subjektiivne ettekujutus, et teise isiku kogukäitumises võis väljenduda tahe esitada ebaõige väide asjaolude kohta. Sarnaselt käsitleb ka KarS § 120 lg-s 1 sätestatud ähvardamise objektiivne koosseis subjektiivse kriteeriumina kannatanu seisukohta ähvarduse toimepanemise kohta.¹⁵¹ Seejuures ei tähenda, et kui mõistlikule inimesele pidi nähtuma isiku käitumisest avaldusväärtuse olemasolu, *a priori* seda, et isikul ka selline tahe oli. Seega, kuigi objektiivselt võttes pidi mõistlik isik aru saama, et isik soovib oma käitumisega esitada väiteid asjaolude kohta, kuid isik ei teinud seda teadvalt (või ei teinud seda varalise kasu saamise eesmärgil), siis ta ei vastuta kelmuse eest, kuivõrd kelmuse süüteokoosseis eeldab ebaõige ettekujutuse loomise suhtes otsest tahtlust.¹⁵² Eeltoodust tulenevalt ei tuvastata teo toimepanija tahtlust objektiivses koosseisus ning petja tahtlust pettuse toimepanemise suhtes hinnatakse pärast seda, kui on tuvastatud vaadeldava teo vastavus süüteokoosseisu objektiivsele koosseisule.

2.2.3. Kriitika Saksa kohtupraktikas tunnustatud kriteeriumitele

Vastuvõtt Saksamaa kõrgeima kohtu seisukohtadele on olnud erinev. Matthias Jahn ja Stefan Maier on avaldanud, et nende hinnangul on Hoyzeri kaasuses BGH poolt antud kriteeriumid liialt normatiivselt sõnastatud ning peaksid rohkem lähtuma ontoloogilisest/faktilisest sisustamisest. Nende sõnul väitvat BGH, et otsuses välja toodud kriteeriumid hõlmavad mõlemat nii ontoloogilist kui ka faktilist lähenemist, siis nimetatud autorite hinnangul see nii ei ole ning leiavad, et BGH on lähtunud siiski eelkõige normatiivsest lähenemisest. Samuti

¹⁴⁹ J. Sootak. Karistusõiguse kaasusülesannete lahendamise metoodikast. 4. vlj. Juura: Tallinn 2012, lk 15.

¹⁵⁰ C. Becker. Konkludente Täuschung beim Betrug. – JuS 2014, 307, lk 308.

¹⁵¹ J. Sootak. KarSK 2015. § 120 komm 3.4.

¹⁵² RKKKo 3-1-1-28-12 p 8 jj.

toovad autorid välja, et on problemaatiline, kui palju tähendusväärtust saab omistada kihlveopileti üleandmisele ehk oma olemuselt reaallaktele.¹⁵³ Kieli Ülikooli professor Ralf Krack leiab, et BGH otsuse lõpptulemus on õige ning tema etteheited seonduvad mitte konkludentse pettuse kriteeriumitega, vaid eelkõige BGH otsuse sisuga ehk mida hinnati taunimisväärseks tegevuseks. Kracki arvates ei olnud Hoyzeri kaasuses pettuse objekt mitte ebaõige ettekujutuse loomine sellest, et isik on osaline spordivõistluse tulemuse manipuleerimises, vaid manipulatsioonist teadmine. Erinevalt eeltoodud Jahni ja Maieri kriitikast, leiab Krack, et BGH on arvestanud piisavalt normatiivset ja faktilist lähenemist ning toob seejuures välja, et mõlemad viisid eraldi viiksid tegelikult sama tulemuseni ning konflikti otsimine kahe erineva lähenemise vahel on näilik.¹⁵⁴ Lisaks nt Saliger jt. artiklile¹⁵⁵ on konkludentse pettuse kriteeriumid tunnustust leidnud enamikes käesoleva magistritöö koostamisel kasutatud StGB kommenteeritud väljaannetes.¹⁵⁶ Eeltoodust nähtub, et BGH kriteeriumite näol on selgelt tegemist valitseva seisukohaga Saksa autorite seas, vaatamata sellele, et teatavad eriarvamused ja kriitika esinevad erinevate autorite vahel, mis on aga igati loomulik.

BGH poolt kirjeldatud kriteeriumite suhtes on väga kriitiline olnud oma doktoritöös Laura Mayer Lux, kes on leidnud, et tegemist on „pehmete“, tsiviilõigusest tuletatud kriteeriumitega, mis on karistusõigusega kokkusobimatud ning sisuliselt vaidleb kõigile BGH poolt välja toodud kriteeriumitele vastu. Tema hinnangul nõuab karistusõigus konkreetsemat lähenemist, mis lähtuksid kelmusest kui varavastasest süüteost ja kommunikatsioonideliktist ning määratleb ise konkludentset petmist läbi vaadeldava kommunikatiivakti tähenduse.¹⁵⁷

Mayer Lux kritiseerib esmalt avaldusväärtuse (*Erklärungswert*) mõistet. Ta on seisukohal, et see on lihtsalt tsiviilõiguslik mugandus, mis tuleneb tehinguõpetusest,¹⁵⁸ kuid ei ole tegelik kriteerium konkludentse petmisteo sisustamiseks. Konkludentes teos ei pea sisalduma mitte avaldus või seletus, vaid väide (*Behauptung*) asjaolude kohta. Avaldusväärtus on vajalik üksnes aktiivse teo ja tegevusetuse eristamiseks, mistõttu tuleb seda alati sisustada läbi teiste

¹⁵³ M. Jahn, S. Maier. Der Fall Hoyzer - Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes. – JuS 2007, 215, lk 216-217.

¹⁵⁴ R. Krack. Betrug durch Wettmanipulationen. Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal. – ZIS 3/2007, lk 105 ja 107.

¹⁵⁵ C. Kirch-Heim, T. Rönau, F. Saliger. Täuschung und Vermögensschaden beim Sportwettenbetrug durch Spielteilnehmer - Fall „Hoyzer“. – NSTZ 2007, 361, lk 361 jj.

¹⁵⁶ Vt nt W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 12 jj, K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 28 jj,

¹⁵⁷ L. Mayer Lux. Die konkludente Täuschung beim Betrug. Doktoritöö. V&R unipress: Göttingen 2013, lk 202-203. — <http://hdl.handle.net/20.500.11811/541> (08.04.2018).

¹⁵⁸ Ka käesolevas magistritöös on autor asunud seisukohale, et konkludentset tegu saab sisustada läbi tsiviilõiguses antud kaudse ehk konkludentse tahteavalduse definitsiooni TsÜS § 68 lg-s 3, vt ptk 2.2.2.

kriteeriumite. Ta pakub välja, et avaldusväärtuse asemel peab konkludentse teo tuvastamisel lähtuma sellest, kas isiku tegevusest nähtub väite sisu (*Behauptungsinhalt*).¹⁵⁹ Eeltoodud kriitika näib esmapilgul ebavajalik ja otsitud. BGH kriteeriumid hõlmavad ka seda, et isiku käitumisest peab olema tuletatav väide asjaolude kohta. Seega tegelikult viiks kriteeriumite ümbersõnastamine samale tulemusele ning seetõttu on kohasem lähtuda pigem valitseva arvamuse välja pakutud definitsioonist.

Järgmisena esitatakse doktoritöös kriitikat konkludentse teo sisustamisel käibearvamusest lähtumisele. Mayer Luxi arvates on käibearvamus eraldi kriteeriumina või selle kasutamine teiste kriteeriumite täiendamiseks kelmuse puhul sobimatu, kuivõrd tegemist on tema arvates terminiga, mis on raskesti hoomatav, ning käibearvamus võib mingites olukordades üleüldse puududagi. Kuivõrd käibearvamus ise on tühi väljend ja sellest endast ei saa midagi järeldada, on tegemist täiesti üleliigse elemendiga, mis võib küll sobida eesmärgipäraselt tsiviilõiguses tahteavalduste või pettuse sisustamiseks, kuid mitte hindamaks isiku teo vastavust kuriteokoosseisule - kuriteokoosseis eeldab palju rangemaid ja täpsemaid kriteeriumeid.¹⁶⁰ Eeltoodust nähtub, et Mayer Lux esindab teistsugust lähenemist kui näiteks ülal viidatud Jahn ja Maier, kes heitsid BGH otsusele Hoyzeri kaasuses just vastupidist ehk seda, et BGH poolt väljatoodud kriteeriumid olevat liiga normatiivsed ning arvestavad liiga vähe tegeliku faktilise olukorraga.¹⁶¹ Mayer Luxi kriitika käibearvamuse kohta on sarnane avaldusväärtuse kriitikale ning sisuliselt heidab ta ette tsiviilõigusdogmaatika ülevõttu. Iseenesest tuleb nõustuda, et tsiviilõiguse elementide ülevõtmine võib nende relatiivsuse ja abstraktsuse tõttu olla problemaatiline, kuid samas ongi isikutevaheline suhtlus väga mitmepalgeline ning nõuabki suurt kasuistikat. Seetõttu ongi käibearvamus sobiv hindamaks, kas isiku käitumises võis esineda konkludentne pettus, kuivõrd see võimaldab arvestada mitmete konkreetset situatsiooni või tehingut puudutavat asjaolu. Eeltoodust tulenevalt on Mayer Luxi kriitika käibearvamuse kohta autori hinnangul ülepingutatud, kuivõrd konkludentse teo tuvastamine nõuabki paindlikke kriteeriume ja paljude asjaoludega arvestamist.

Sarnaselt eeltoodule ei nõustu Mayer Lux ka tõlgendamise rolliga konkludentse petmise puhul. Iseenesest ei väida ta, et tõlgendamine ei oleks vajalik, vaid leiab, et igasugust inimkäitumist tuleb tõlgendada, et sealt midagi välja lugeda ning seetõttu ei ole tõlgendamine iseseisvalt

¹⁵⁹ L. Mayer Lux. Die konkludente Täuschung beim Betrug. Doktoritöö. V&R unipress: Göttingen 2013, lk 138-140.

¹⁶⁰ Samas, lk 141-143.

¹⁶¹ M. Jahn, S. Maier. Der Fall Hoyzer - Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes. – JuS 2007, 215, lk 216-217.

konkludentse teo sisustamiskriteerium.¹⁶² Sarnaselt tõlgendamisele tehtud kriitikale leiab Mayer Lux, et konkludentse teo sisustamisel ei saa lähtuda käitumise määratlemisel reeglitest ja tavadest, kuivõrd neid tuleb samuti igasuguse inimekäitumise puhul arvestada ning nende kaudu ei ole võimalik eristada konkludentset toime pandud kelmust väljenduslikust teost ega ka tegevusetusest.¹⁶³ Seega kokkuvõtlikult leiab Mayer Lux, et BGH lähenemine ja väljapakutud kriteeriumid ei ole tegelikult sobivad, et kindlaks määrata, kas isik võis konkludentse teoga teise isiku eksimusse viia.

Eeltoodud kriitikast tulenevalt on Mayer Lux välja pakkunud alternatiivse lähenemise, mis tema hinnangul võtab arvesse, et kelmusega kaitstav õigushüve on vara ning et kelmus on kommunikatsioonidelikt. Mayer Lux leiab, et konkludentne pettus on konkreetse kommunikatiivse teo tagajärg. Kui kaudne tahteavaldus on käibearvamuse ja hea usu põhimõtte alusel tehtud järeldus, et isiku käitumises seisnes soov kaasa tuua õiguslik tagajärg, siis konkludentne pettus seisneb konkreetse käitumise tähenduses. Kui väljenduslik pettus seisneb otseses kommunikatsioonis asjaolude kohta, siis konkludentne pettus seisneb kaudsetes, tuletavates väidetes konkreetse kommunikatsiooni puhul. Mayer Lux toob näiteks tavalise olukorra kaupluses. Ei ole vahet, kas ostja ütleb, et soovib midagi osta, või asetab ostetava asja kassalindile. Mõlemal juhul ei ütle ta midagi enda maksmistahet või maksevõimelisuse kohta ning määrav ei ole ka see, mida ta ütles või ei öelnud. Samas on mõlemal juhul tema käitumises olemas väide, et tahab seda asja osta, ning ka kaudne väide kelmuse suhtes relevantsete asjaolude kohta ehk selle kohta, et ta on valmis ja võimeline selle asja eest ka maksma. Seega ei ole oluline valitseva arvamuse konstruktsioon selle kohta, kas isiku kogukäitumise tõlgendamisel on sellest tuvastatav avaldusväärtusega tegu, vaid oluline on konkreetse käitumisega teisele isikule edastatud kommunikatsioon.¹⁶⁴

Põhimõtteliselt võib Laura Mayer Luxi doktoritöös esitatud alternatiivse lähenemisega konkludentsele petmisteole nõustuda ning ei saa otseselt öelda, et doktoritöös esitatud lähenemine oleks vale. Väljapakutud lahendus näib justkui teistsugune lähenemine samale olukorrale, kuid seda on üritatud saavutada ilma tsiviilõigusdogmaatikale tuginemata. Seetõttu jääb arusaamatuks, milline on probleem, lisaks tsiviilõiguslikele instituutidele tuginemisele, mida doktoritöö autor üritab lahendada. Seejuures ei nähtu doktoritööst, kas Mayer Luxi arvates toob tema poolt väljapakutud alternatiivne lähenemine teistsuguse lõpptulemuse kui BGH poolt

¹⁶² L. Mayer Lux. Die konkludente Täuschung beim Betrug. Doktoritöö. V&R unipress: Göttingen 2013, lk 143-153.

¹⁶³ Samas, lk 153-159.

¹⁶⁴ Samas, lk 198-202.

Hoyzeri kaasusess välja toodud ja valitsevas arvamuses aktsepteeritud kriteeriumid.¹⁶⁵ Kuivõrd võimaluse korral tuleks erinevates õigusharudes erinevaid mõisteid sarnaselt sisustada,¹⁶⁶ siis ei ole põhjust Eesti õiguses konkludentse petmisteo sisustamisel tsiviilõigust vältida ja seega tuleks ka KarS § 209 lg 1 kontekstist konkludentset petmist vaadelda läbi Saksa valitseva arvamuse poolt tunnustatud juhiste.

2.2.4. Kokkuvõte karistusõiguslikest kriteeriumitest

Käesolevas alapeatükis on esmalt analüüsitud Riigikohtu praktikat kelmuse kohta ning seejärel uuritud Saksa õiguskirjanduses ja kohtupraktikas välja toodud võimalikke lähenemisi konkludentse pettuse sisustamisele. Uurimise tulemusena leiti, et Saksa kohtupraktikas on pakutud välja kriteeriumid, kuidas hinnata, et isiku käitumine vastab pettuslikule teole ning need kriteeriumid sarnanevad tsiviilõiguse elementidele. Riigikohus ei ole senises praktikas andnud selgesõnalisi juhiseid hindamaks, millised teod vastavad KarS § 209 lg-le 1, kuid on korduvalt jaatanud maksevõimelisusest ja maksmisvalmidusest konkludentse teoga ebaõige ettekujutuse loomist. BGH praktika kohaselt tuleb isiku käitumist kogumis vaadelda ning hinnata, kas sellisest käitumisest sai keskmine mõistlik isik vastavalt õiguslikule raamistikule ja käibearvamusele, sh riisiko jagunemisele, eeldada, et isiku käitumisel on avaldusväärus, millest tehtav järeldus loob keskmisel mõistlikul isikul ebaõige ettekujutuse asjaoludest, kuivõrd sellisest käitumisest sai järeldada isiku tahet esitada väide asjaolude kohta, kuid selle väite sisu oli ebaõige. Kuigi Riigikohtu kriminaalkolleegiumi varasemast praktikast ei nähtu otseseid kriteeriumeid konkludentse pettuse sisustamiseks, kõrvutatakse järgnevalt Riigikohtu seisukohti BGH kriteeriumitega, tuvastamaks, kas Eesti kohtupraktikas on lähenetud konkludentsele pettusele ning kas seeläbi on võimalik BGH kriteeriumite ülevõtmine Eesti õigusesse.

Riigikohtu praktikast võib siinkohal välja tuua varasemalt käsitletud Riigikohtu otsused asjades nr 3-1-1-45-11 ja 3-1-1-28-12. Esimeses asjas tõi Riigikohtu kriminaalkolleegium välja tavalise olukorra toitlustusasutuses, kus klient sõlmib toitlustusasutusega tsiviilõigusliku lepingu, mis kuulub kohesele täitmisele, kui tellib toitu ja jooki. Riigikohtu kriminaalkolleegium ei viidanudki keskmisele mõistlikule isikule, kuid kolleegiumi seisukohast võib järeldada, et kliendi poolt toidu tellimine loob keskmisel mõistlikul toitlustusasutuse esindajal ettekujutuse,

¹⁶⁵ Vähemusarvamust esindav autor on eitanud konkludentset pettust petukõnede puhul, kuid see arvamus on esitatud enne BGH lahendit ning seega pole BGH otsust kritiseeritud.

¹⁶⁶ M. Kairjak. Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel. Doktoritöö. Tartu Ülikooli kirjastus 2015, lk 98.

et klient on võimeline tellitu eest maksma ning tal on ka tahe seda teha.¹⁶⁷ Seega sai kogumis kliendi käitumist hinnates järeldada, et verbaalselt väljendatud tellimuse kõrval esines ka konkludentne väide maksevõimelisuse ja maksmistahte kohta ning seda pidi vastavalt käibearvamusele tegema vahetult pärast tellitu tarbimist, mitte näiteks millalgi hiljem arve alusel.

Riigikohus tõi asjas nr 3-1-1-28-12 tehtud otsuses välja spaakülastuse tavad ning kannatanu järeldust kujundavad asjaolud süüdistatava käitumises, kuid seda süüdistava teo subjektiivse külje analüüsimisel. Sellegipoolest nähtub lahendist mõningane sarnasus eeltoodud BGH lähenemisele. Otsuses on välja toodud konkreetse spaa tava – klientidele antakse käepaelad, mis tuleb baaris jookide tellimisel esitada ning lahkumisel tuleb tarbitu eest tasuda. Seejuures ei olnud aga selge, kas kinkekaardist, mis nägi ette nn luksuslikku spaakülastust, pidi klient järeldama, et see ei hõlma muid teenuseid peale spaasse sissepääsu. Seejuures tõi kolleegium välja, et spaa väljastab mitmeid erinevaid kinkekaarte, millest mõned hõlmavad paljasõnaliselt luksuslikku spaakülastust ja teistel on välja toodud, mis summas on õigus isikul teenuseid kasutada.¹⁶⁸ Kuigi kolleegium on põhimõtteliselt jaatanud süüdistatava käitumise vastavust objektiivsele koosseisule, ei ole välistatud, et sellises olukorras võib asuda seisukohale, et selline tegu ei vasta kelmuse objektiivsele koosseisule. Väljastades kinkekaardi, mis lihtsalt lubab kinkekaardi esitamisel saada vastu luksusliku spaakülastuse ilma kinkekaardiga hõlmatud teenuseid või piirsummata välja toomata, võib spaakülastaja teos puududa kelmuse objektiivne koosseis riisiko jagunemise tõttu. Sellise laialivalguva kinkekaardi sõnastusest tulenevalt lasus riisiko spaal, sest ta oli väljastanud ebapiisava infoga kinkekaardi ning seetõttu ei saanud ta enda varasema hooletu käitumise tõttu eksimusesse sattuda (vt TsÜS § 92 lg 5). Seejuures on lõppjäreldus erinev, kui kohtud oleksid kahtlusteta tuvastanud, et süüdistatavale selgitati milliste teenuste eest peab eraldi spaakülastuse lõpus tasuma.¹⁶⁹ Kuigi eeltoodud kolleegiumi seisukohad seonduvad subjektiivse koosseisu olemasolu puudumisega, on kolleegium otsusest tuletavad BGH poolt sõnastatud kriteeriumitega sarnased kaalutlused.

Eespool kirjeldatud kaasuste näitel ei ole võimalik väita, et Riigikohus oleks varasemas praktikas selgelt juhindunud Saksa valitseva arvamuse poolt aktsepteeritud lähenemisest. Samas ei nähtu varasemast Riigikohtu praktikast ka ühtegi põhjust, miks selline lähenemine ei

¹⁶⁷ Vt RKKKo 3-1-1-45-11 p 20.

¹⁶⁸ RKKKo 3-1-1-28-12 p-d 8.1 ja 8.2.

¹⁶⁹ Vt RKKKo 3-1-1-28-12 p-d 8.1 ja 9. Vrdl K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 30: „Kui ohver küsib teo toimepanijalt mingisuguse asjaolu kohta üle, siis läheb riisiko teo toimepanijale üle“. Sarnaselt oleks ka vaadeldavas kaasuses selgitamise korral riisiko läinud kliendile.

oleks Eesti karistusõiguse dogmaatikas aktsepteeritav. Seejuures nähtub BGH kriteeriumite analüüsist, et need on oma sisult sarnased Eesti kehtiva tsiviilõigusega ning seega on need kriteeriumid läbi tsiviilõiguse instituutide *mutatis mutandis* karistusõigusliku konkludentse petmisteo tuvastamisel kohaldatavad. Vaatamata sellele on võimalik, et kohtupraktikas leiab tunnustamist näiteks Laura Mayer Luxi doktoritöös toodud lähenemine või mõni muu, käesolevas töös mittekäsitletud alternatiivne lähenemine, kuidas konkludentset petmistegu sisustada. Kuivõrd aga seadusandja tahe on olnud alates 2015. aastast sõnastada kelmuse koosseis KarS § 209 lg-s 1 identselt StGB § 263 lg-ga 1, siis on autori hinnangul põhjendatud konkludentset pettust sisustada sarnaselt Saksa valitsevas arvamuses tunnustatud kriteeriumitele.

Eeltoodust tulenevalt teeb autor ettepaneku täiendada kelmuse koosseisu tuvastamise skeemi.

J. Sootak on kelmuse koosseisustruktuuri esitanud järgnevalt:

I Objektiivne koosseis

1. Objekt: vara
2. Pettus
 - 1) Asjaolude moonutamine
 - 2) Eksimus kannatanul
3. Kannatanu varakäsutus
4. Varaline kahju kannatanul

II Subjektiivne koosseis – tahtlus ja varalise kasu saamise eesmärk.¹⁷⁰

Käesolev kelmuse struktuur vastab kelmuse koosseisus välja toodud elementidele, kuid pettuse alapunkti võiks vastavalt konkludentse petmisteo kriteeriumitele täiendada järgnevalt:

I Objektiivne koosseis

1. Objekt: vara
2. Pettus ehk ebaõigete asjaolude avaldamine või õigete asjaolude moonutamine või varjamine, mis on toime pandud
 - 1) väljendusliku (avaldusväärtust omava) teoga;
kui väljenduslikus teos ebaõiged väited puuduvad, siis

¹⁷⁰ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 10.

- 2) konkludentse teoga, kui isiku kogukäitumisel on mõistliku isiku seisukohast avaldusväärtus, millest saab järeldada väidet asjaolude kohta, eeltoodu tuvastamisel tuleb arvestada eelkõige:
 - a. konkreetset tehingut puudutavat õiguslikku raamistikku
 - b. konkreetset tehingut puudutavat käibearvamust
 - c. riisiko jagunemist tehingu poolte vahel
- 3) kui isiku käitumises puudub avaldusväärtus tegelike asjaolude kohta, siis jätkata kontrolli tegevusetuse skeemi järgi
3. Kannatanu eksimus ehk ebaõige ettekujutus tegelikest asjaoludest
4. Kannatanu varakäsutus
5. Varaline kahju kannatanul

II Subjektiivne koosseis –varalise kasu saamise eesmärk ehk kavatsesus, pettuse osas otsene tahtlus ja ülejäänud elementide suhtes vähemalt kaudne tahtlus.

Eeltoodud kelmuse koosseisu struktuuri täienduses on seega hõlmatud kriteeriumid, mis võimaldavad isiku kogukäitumist hinnata kelmuse koosseisu suhtes ning aitavad kaasuse lahendamisel aktiivset, kuid mitteväljenduslikku ehk konkludentset petmistegu eristada tegevusetusest.

Järelikult on konkludentse petmisteo sisustamine vastavalt BGH välja pakutud kriteeriumeid võimalik rakendada ka Eesti karistusõiguses ning seetõttu on vajalik täienduste tegemine karistusõiguslike kaasuste lahendamise metoodikasse. Järgnevalt analüüsitakse nende kriteeriumide kasutamist erinevate kaasusgruppide näitel.

2.3. Konkludentselt ebaõige ettekujutuse loomise kaasusgrupid

2.3.1. Üldtunnustatud konkludentse petmise kaasusgrupid

Käesolevas magistritöös on varasemalt viidatud ka Eestis tunnustatud kaasusgrupile, mis puudutab maksmisvalmidust ja maksevõimet.¹⁷¹ Maksmisvalmidus ja maksevõime kuuluvad omakorda kaasusgruppi, mis hõlmab välise asjaoluna täitmisevõimet ja sisemise asjaoluna täitmistahet.¹⁷² Võib väita, et tegemist konkludentselt ebaõige ettekujutuse loomise tuumkaasusgrupp, sest on enim levinud kaasusgrupp, mida kinnitab ka viidatud Riigikohtu praktika. Lisaks rahalise kohustusega seonduvatele asjaoludele, kuuluvad siia kaasusgruppi ka

¹⁷¹ RKKKo 3-1-1-124-00 p 6.2, RKKKo 3-1-1-98-09 p 13, RKKKo 3-1-1-57-10 p 12, RKKKo 3-1-1-45-11 p 7, RKKKo 3-1-1-28-12 p 7.

¹⁷² W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 16-16a.

igasugused mitterahalised kohustused, mille täitmiseks puudub isikul tahe või võimalused, muuhulgas õigus asja käsutada.¹⁷³

Konkludentsetl kelmuse toimepanemist on jaatud ka juhtudel, kus petturid esitavad teiste isikute vastu alusetuid nõudeid.¹⁷⁴ See kaasusgrupp ei hõlma kaasuseid, kus poolte vahel on õigussuhe või nõude esitaja arvab, et nende vahel on õigussuhe, ja üks neist otsustab teisele nõude esitada, kuid seaduses sätestatud nõude eeldused puuduvad – näiteks oli isik ise põhjustanud nõude aluseks oleva olukorra (VÕS § 101 lg 3) või arvab ekslikult, et on käsundita teise isiku asja ajanud (VÕS § 1018 jj). Sellistel juhtudel on tegemist õigusliku hinnanguga, mis ei ole tegelik asjaolu ning mille suhtes ebaõige ettekujutuse loomine ei ole kelmuse kuriteokoosseisuga hõlmatud.¹⁷⁵ Alusetute nõuete esitamise kaasusgruppi kuuluvad kelmuse kontekstis olukorrad, kus esitatakse teadlikult juba võlgniku poolt täidetud nõue või kus esitatakse nõue olematu soorituse eest ehk pettus puudutab nõude aluseks olevaid asjaolusid, mitte nõuet puudutavat õiguslikku alust.¹⁷⁶ Konkludentse pettusega on tegemist juhul, kui olematu nõude aluseks olevaid asjaolusid ei esitata kirjalikult või suuliselt – konkludentse pettusega on tegemist juhul, kui saadetakse meeldetuletuskiri, millega lihtsalt palutakse tasuda arve, kuid kui meeldetuletuses on kirjas, et arve on tasumata, siis on tegemist kirjalikult esitatud ebaõige väitega ning vähemalt selle väite osas konkludentne tegu puudub.

Asja või teenuse eest küsitav hind võib olla konkludentse pettuse vahendiks. Hind ise ei saa üldtunnustatud arvamuse järgi olla pettuse objekt,¹⁷⁷ kuivõrd turumajanduse ja ettevõtlusvabaduse põhimõtetest tulenevalt võib igaüks suvaliselt määrata lepingu eseme hinna.¹⁷⁸ Kelmuse kuriteokoosseisu eesmärgiks ei saa olla inimeste kaitsmine ebamõistlike tehingute tegemise eest. Kuigi hind ise ei saa olla asjaolu, mille suhtes ebaõige ettekujutus luuakse, saab see olla kommunikatsioonivahendamise viis. Kui tuntud maali müüakse selle originaalteose turuväärtusega, siis saab ostja teha ainuüksi hinnast järelduse, et tegemist on originaaliga, isegi kui müüa kuulutuses pole seda kordagi väitnud. Sel juhul on vastavalt tavadele teada, millist informatsiooni võib sellest hinnast välja lugeda. Seejuures aga tuleb hinnast asja kvaliteedi kohta järelduste tegemisse suhtuda väga kriitiliselt.¹⁷⁹ Isegi kui toidupoes on tava, et kaubad, mille realiseerimiskuupäev on lähedal, on tavaliselt tuntavalt alla

¹⁷³ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 39.

¹⁷⁴ W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 16c, BGH, 01.09.1993 - 2 StR 258/93.

¹⁷⁵ Vt ptk 1.4.

¹⁷⁶ Protsessikelmuse kohta vt ptk 1.4.

¹⁷⁷ J. Sootak. KarSK 2015. § 209 komm 9.1.

¹⁷⁸ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 35.

¹⁷⁹ Samas.

hinnatud, ei tähenda see, et poemüüja paneb kauba täishinnaga müümisel konkludentse pettuse toime. Samuti ei saa ostja järeldada hinnast väidet kauba kvaliteedi kohta – kallim toode ei pea olema ilmtingimata kvaliteedi poolest parem. Kvaliteedist võib teha järeldusi eelkõige juhul, kui müüjal on ka mingil määral asjatundja positsioon nagu eeltoodud maali müüja näide, millele võib valdkondadena lisada ehted ja antiikesemed.¹⁸⁰ Eeltoodust tulenevalt on konkludentse petmine hinna suurusega põhimõtteliselt võimalik, kuid üldjuhul ei saa hinnast teha kelmuse kontekstis relevantseid järeldusi teha.

Kui hind võib siiski kitsastel juhtudel luua ebaõige ettekujutuse tegelikest asjaoludest, eelkõige kvaliteedist, siis on põhjendatud välja tuua ka mõned kaasusgrupid, kus on eitatud tähendusliku teoga ebaõige ettekujutuse loomist. Täitmise vastuvõtmine iseenesest ei ole käsitletav konkludentse pettusena, kui saaja ei ole üleandjat eksimusse viinud.¹⁸¹ Seega näiteks teistkordse tasumise või enammakstu vastuvõtmine ei ole käsitletav kelmusena.¹⁸² Ka ekslikult kättetoimetatud kauba vastuvõtmine ei ole käsitletav kui üleandjale info edastamine selle kohta, et saaja on õigustatud kaupa vastu võtma – sellise olukorra on seadusandja tarbijasuhetes *expressis verbis* ka tsiviilõiguslikult välistanud (VÕS § 99). Täiendavalt on välistatud ostjale kauba üleandmise kui reaalkäitumise väite esitamine, et asi vastab lepingutingimustele ehk on puudusteta.¹⁸³ Viidatud kaasusgruppide ühine nimetaja on eelkõige kelmuse koosseisu suhtes asjaomase kommunikatsiooni puudumine ning seega, kui isik isegi on eksimuses, pole see eksimus põhjustatud teise isiku käitumisest. See ei tähenda, et pettus nendel juhtudel oleks üldse välistatud, vaid eksimus on eelkõige tekkinud muudel põhjustel, kui väljatoodud konkludentsete tegude puhul, sh võib enammakstu vastuvõtmine olla näiteks sotsiaaltoetuste puhul käsitletav tegevusetusena.¹⁸⁴

Lisaks eeltoodud käsitlusele kaasusgruppidest, mille puhul on jaatatud või eitatud konkludentse petmist, analüüsitakse järgnevalt detailsemalt kaasusgruppe, mille puhul on erialakirjanduses esinenud eriarvamusi selle kohta, kas nendel juhtudel on aset leidnud kelmuse mõttes konkludentse teoga toime pandud pettus.

¹⁸⁰ Samas, vnr 37.

¹⁸¹ U. Kindhäuser. StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 263 vnr 138, W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 17a, K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 39.

¹⁸² W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 17a.

¹⁸³ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 37, W. Perron. StGB-Schönke/Schröder, § 263 vnr 17b.

¹⁸⁴ Vt ptk 1.3.2.

2.3.2. Spordikihlveo sõlmimine

Konkludentse petmisteo sisustamise kriteeriumid pärinevad Hoyzeri kaasuses tehtud lahendist, mistõttu on sobiv vaadelda kriteeriumite kohaldatavust spordikihlveo sõlmimisel olukorras, kus kihlavedaja on teadlik, et mänguga seotud isikud on sõlminud ebaausa kokkuleppe, mistõttu ei ole kõik võistluses aset leidvad sündmused juhuslikud. Spordikihlveod on hasartmänguseaduse¹⁸⁵ (HasMS) § 3 p 3 mõttes totod. Toto puhul on oluline, et nii mängija ega hasartmängu korraldaja kontrolli all ei ole mängu lõpptulemus.¹⁸⁶ HasMS § 34 lg 6 kohaselt keelatud totot mängida isikul, kes mõjutab või võib mõjutada sündmuse tulemust. Eeltoodu on kaasusele kohalduv õiguslik raamistik, kuid hõlmab samas ka seda, kuidas eeltoodut sisutaks keskmine mõistlik isik. Eeltoodud õiguslikust raamistikust tuleneb muuhulgas ka riisiko jagunemine. Mängija, kes teeb panuse, ei tohi olla isik, kes HasMS § 34 lg 6 kohaselt ei tohi totot mängida, seega ei ole igakordselt kihlveokontoril kohustust tuvastada, kas isik on kuidagi mänguga, millele ta panustab, seotud või ei.

Kelmuse üldkoosseisu mõttes peab kihlveo sõlmimisega olema seotud vähemalt kaks isikut – mängija ja kihlveokontor, keda esindab vastavalt volitatud töötaja. Seoses infotehnoloogilise arenguga on aga internetis korraldatavad hasartmängud aina enam levinud.¹⁸⁷ Sarnaselt panustasid ka kriminaalasjas nr 1-13-10768 süüdistatud jalgpallurid hasartmängukorraldaja hallatavas internetikeskkonnas.¹⁸⁸ Kuivõrd internetikeskkonnas panustamisel ei suhtle panustaja ühegi inimesega, ei looda ebaõiget ettekujutust üheski inimeses, siis on kaughasartmänguna korraldatavas totes mängu tulemust mõjutanud isiku osalemine käsitletav arvutikelmusena (KarS § 213), kuivõrd tegemist on andmete ebaseadusliku sisestamisega isiku poolt, kellel on keelatud toto mängimine (HasMS § 34 lg 6).¹⁸⁹ Samas ei tähenda suurenev kaughasartmängude roll seda, et konkludentselt kihlveopettuse toimepanemine ei oleks aktuaalne. Ka seda kelmuse toimepanemise viisi tasub analüüsida, kui vähemalt teoreetiliseltki on füüsiliste kihlveokontorite eksisteerimine võimalik.

¹⁸⁵ Hasartmänguseadus. - RT I 2008, 47, 261.

¹⁸⁶ HasMS § 3 p 3: Totod ehk mängud, mille tulemus sõltub mängija ennustatud sündmuse toimumisest, toimumata jäämisest või toimumise viisist, kusjuures sündmus, mille suhtes mängija ennustuse teeb, on väljaspool hasartmängukorraldaja kontrolli, võidu saamine sõltub ennustuse paikapidavusest ning võidu suurus sõltub panuse suuruselt ja enne panuse tegemist määratud võidu koefitsiendist (kihlvedu) või hasartmängukorraldaja poolt määratud protsendist panuste summast, õigesti ennustanute arvust ja nende panuste suuruselt (totalisaator).

¹⁸⁷ Seletuskiri hasartmänguseaduse juurde, lk 36. — <https://www.riigikogu.ee/download/4c3ae9f6-1767-f7b1-3506-2c9a9d98bd3f> (11.04.2018).

¹⁸⁸ TlnRnKo, 13.10.2014, 1-13-10768 p 3.1.

¹⁸⁹ Vt ka BGH, 20.12.2012 – 4 StR 580/11 – NJW 2013, 1017; BGH, 03.03.2016 – 4 StR 496/15 – NJW 2016, 1336.

Kui inimene siseneb kihlveokontorisse ja ütleb kihlveokontorile, millise spordivõistluse ja tulemuse peale ta soovib panuse panna, siis ei esita ta verbaalselt ega kirjalikult ühtegi väidet selle kohta, et ta ei ole teadlik võimalikust ebaõigluskokkuleppest, mistõttu ta teab, et tema võiduvõimalus on tunduvalt suurem või on isegi risk kaotada sisuliselt nullini redutseerunud. Seega ei ole ta õnnemängur, vaid panustab, et saabub mingi sündmus, mille saabumise tõenäosus on palju kõrgem, kui seda arvab kihlveokontor. Tulenevalt ei pruugi aga sellisel isikul olla keelatud mängus osaleda. Ta ei pruugi olla isik, kel on keelatud toto mängimine HasMS § 34 lg 6 kohaselt, aga ta on teadlik, et tema tuttav mõjutab mingisugust tulemust. Vaatamata sellele, tuleb lähtuvalt riisiko jagunemisest ja tavadest asuda seisukohale, et igasugune ebaõigluskokkuleppe ärakasutamine ning selle teadmise kihlveo sõlmimisel ärakasutamine, on taunitav. Kihlveokokkuleppe sõlmimise soovi avaldamisega saab isiku kogukäitumisest järeldada, et ta soovib ennustada mingisuguse asjaolu, kas siis sportmängu lõpptulemus või mõne muu sündmuse, aset leidmist. Ennustamine ei ole aga olemuslikult võimalik, kui isik teab, et mingisugune asjaolu esineb. Seega järeldab kihlveokontori töötaja, et isiku käitumisel on avaldusväärtus muuhulgas selle kohta, et ta ei ole kuidagi sekkunud spordivõistluse tulemuse kujunemisesse ega ole teadlik, et keegi teine seda teeks.

Eeltoodu valguses võib tõusetuda põhjendatud küsimus, et kas igasugune informatsioonieelis on käsitletav pettusena. Näiteks võib jalgpallimeeskonna võtmemängija haigestumine või vigastus lõpptulemuse kujunemisel olla olulise tähtsusega, kuid seda infot teab üksnes meeskonna sisering ning kihlveokontorini selline info ei ole veel jõudnud. Üldjuhul kannab kihlveokontor riisikot asjaolude kohta, mis spordivõistluse tulemuse tõenäosust mõjutavad ehk muuhulgas näiteks kõik sportlaste vigastused, meeskonna täiendused või mänguväljaku olukord.¹⁹⁰ Seega, kui panustaja oma eriteadmiste tõttu omab infoelist, mis põhimõtteliselt võiks olla teada ka hasartmängukorraldajale, on see kihlveokontori enda risk, et ta nende asjaoludega kursis ei ole. Samas ebaõigluskokkuleppest on hasartmängukorraldajal peaaegu võimatu teada saada, mistõttu on tegemist ühe vähese asjaoluga, mis väljub tema riisikosfäärist.

Täiendavalt võib tekkida põhjendatult küsimus, kas spordivõistluste tulemuste ennustamisel saab rääkida kelmusest, kuivõrd kelmuse koosseisu kohaselt on pettuse objektiks tegelikud asjaolud.¹⁹¹ Tegelikult asjaoluks ei saa olla tulevikusündmus, milleks aga spordivõistluse tulemus on. Panustaja, kes on seotud spordivõistluse tulemuse manipuleerimisega või vähemalt

¹⁹⁰ R. Krack. Betrug durch Wettmanipulationen. Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal. – ZIS 3/2007, lk 105.

¹⁹¹ Täpsemalt pettuse objektide kohta ptk 1.4

on teadlik manipuleerimisest, ei avalda ebaõigeid andmeid spordivõistluse tulemuse kohta, vaid loob ebaõige ettekujutuse sellest, et ta on aus mängija, varjates sellega eriteadmisi, mida ei saa omada väga suur asjatundja, vaid üksnes sporditulemusega manipuleerimisest teadev isik. Seega pettuse objektiks on käesoleval juhul teadmised, mis kuuluvad sisemiste asjaolude gruppi ning on käsitletavad pettuse objektina.

Eespool käsitletu valguses on kihlveopettused ilmekas näide selle kohta, et riisiko jagunemine võib osutuda hädavajalikuks kriteeriumiks. Seda muuhulgas seetõttu, et kihlvedude sõlmimisega seondub riskide võtmine, mistõttu on võimalik argumenteerida, et keskmine mõistlik isik teab, et kihlveo mõlemad osapooled võtavad riske ning seetõttu peab kihlveo korraldaja arvestama sellega, et teatud isikutel võib olla huvi mängutulemust manipuleerida. Samas on selge, et võidukoefitsiendi arvutamisel ei ole võimalik arvestada võimalike ebaaususkokkulepetega, mis on vastuolus ausa spordi põhimõtetega ning seega ei saa kihlveo korraldaja koefitsientide määramisel arvestada võimalike tulemuste manipuleerimisega.

2.3.3. Petu- või libakõned

Üks kelmuse koosseisu mõttes problemaatiline kaasusgrupp on petukõned. Pahaaimamatutele inimestele, kelle number on ühel või teisel viisil kättesaadav, helistatakse, kuid telefonikõne katkestatakse enne, kui inimesel on võimalik kõne vastu võtta. Tundmatule numbrile tagasi helistades rakendub aga helistaja teadmata kõrgem tasutariif.¹⁹² Saksakeelses kirjanduses on selliseid kõnesid hakatud nimetama „ping-kõnedeks“, kuivõrd nende toimimispõhimõte on sarnane sonari või kajaloodiga, mis saadavad välja signaali ja ootavad kajana tagasisidet, mille kaudu on võimalik kindlaks määrata kaugus põhjast – sarnaselt jäävad ka petukõned ootama tagasisidet tehtud kõnele.¹⁹³ Eeltoodud kõnedest tuleb eristada selliseid kõnesid, kus inimeste vahel on reaalne suhtlus ja pettur väidab end olevat keegi teine, et teiselt isiku vara arvelt kasu saada.¹⁹⁴

Käesoleva kaasusgrupi puhul on eelkõige probleemne teo tuvastamine. Enne adressaadi poolt kõne vastuvõtmist on välistatud väljendusliku teoga pettuse toimepanemine, mistõttu saab

¹⁹² S. Mahov. Petukõnesid ja -sõnumeid tuleb välismaalt lainetena. – Sakala. 03.06.2014. — <https://sakala.postimees.ee/2814860/petukonesid-ja-sonumeid-tuleb-valismaalt-lainetena> (11.04.2018).

G. Sibold. Just nende viie skeemi abil üritatakse sult raha välja petta. – Geenius. 06.03.2017. — <https://geenius.ee/uudis/just-nende-viie-skeemi-abil-uritatakse-sult-raha-valja-petta/> (11.04.2018).

¹⁹³ R. Köbel. Neue Technologie und altes Strafrecht: Betrug durch Ping-Anrufe? JuS 2013, 193, lk 193.

¹⁹⁴ . Kuritegeliku ühenduse arvatav organiseerija vahistati. — <http://www.prokuratuur.ee/et/pressiteated/kuritegeliku-uhenduse-arvatav-organiseerijavahistati> (11.04.2018).

vaatluse alla tulla üksnes kelmuse toimepanemine konkludentse teoga. Konkludentse teo valguses on vaja aga tuvastada, kas isikute vahel oli kommunikatsioon ehk kas lihtsalt vastamata kõne sooritamine omab mingisugust avaldusväärtust. Lisaks teo tuvastamisele on probleemne ka pettuse objekti määratlemine ehk millistest tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine aset leidis. Selleks, et teo määratlemise analüüs oleks konkreetsem, analüüsitakse pettuse objekte ja pettuslikku tegu paralleelselt.

Konkreetses kaasusgrupi puhul on välja toodud, et petturid teevad automatiseeritud kõnesid mingile numbrivahemikule, mis esimesel võimalusel katkestatakse.¹⁹⁵ Kõne adressaat näeb mobiiltelefoni ekraanilt infot, et talle tundmatult numbrilt on talle helistatud ja on üritatud kontakti saada. Eestikeelses ajakirjanduses on välja toodud, et Eestit puudutavates kaasustes on need numbrid olnud välismaa numbrid, mis on eristatavad rahvusvahelise suunakoodi poolest.¹⁹⁶ Saksakeelse erialakirjanduse kohaselt on sealne olukord veelgi eksitavam – siseriiklikus kasutuses on tasulised numbrid algusega 0137, mille eristamine tavanumbrist on tavaolukorras keeruline, kuivõrd näiteks paljud mobiiltelefoninumbrid algavad numbritega 0173 ning näiteks Chemnitz linna suunakood on 0371.¹⁹⁷ Samuti ei eelda inimesed, et neile helistatakse tasulistelt numbritelt, kuivõrd tavaliselt on selliste numbrite kasutajad huvitatud sellest, et neile helistatakse ja selliseid numbreid ei kasutata väljahelistamiseks.¹⁹⁸ Põhimõtteliselt võiks olla pettuse objekt kõne tasu, kuid eriti välismaa numbrite puhul langeb see igal juhul ära. Kui keskmine telefonikasutaja helistab välismaale, siis ta peab möönma, et see kõne maksab rohkem kui tavaline riigisisene kõne. Samuti oleks suurema hoolsuse korral tuvastatav ka eritariifse numbri kasutamine, mistõttu kuuluvad need asjaolud keskmise isiku seisukohast tagasihelistaja riisikosfääri.

Saksamaa kohtupraktikas on leitud, et sellise petukõnega loob helistaja konkludentse teoga adressaadis ettekujutuse, et helistaja soovib adressaadiga kontakteeruda.¹⁹⁹ Seega on pettuse objekt kommunikatsioonisoov, mis on käsitletav nii välise asjaoluna²⁰⁰ kui ka sisemise asjaoluna.²⁰¹ Põhimõtteliselt ei ole vale väita, et keskmine mõistlik isik vastavalt tavale eeldab, et kui talle on helistatud, et siis järelikult sooviti temaga ühendust võtta ning ta helistab talle tagasi. Samas on mõnede autorite arvates selline lähenemine välistatud, kuivõrd ei ole

¹⁹⁵ S. Mahov. Petukõnesid ja -sõnumeid tuleb välismaalt lainetena. – Sakala. 03.06.2014.

¹⁹⁶ Samas.

¹⁹⁷ J. Eiden. Wenn das Handy einmal klingelt. Zur Strafbarkeit von »Ping-Anrufen«. – JURA 11/2001, lk 867.

¹⁹⁸ V. Erb. Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen. – ZIS 5/2011, lk 368.

¹⁹⁹ BGH, 27.03.2014 – 3 StR 342/13 – BGHSt 59, 195-205, vnr 10.

²⁰⁰ K. Tiedemann. StGB-LK, § 263 vnr 11.

²⁰¹ R. Hefendel. StGB-MüKo, § 263 vnr 77.

kooskõlas kommunikatsioonidelikti olemusega. L. Mayer Lux on seisukohal, et sellises olukorras puudub kommunikatsioon, sest helistaja ei esita oma tegevusega ühtegi väidet kõne maksumuse kohta ning seega oleks selle teo toimepanemine võimalik üksnes tegevusetusega.²⁰² Kriitiline on olnud ka C. Becker, kes on leidnud, et BGH kolmas kriminaalkolleegium on lahendis nr 3 StR 342/13 kaugenenud kelmuse olemusest ning pole arvestanud, et tegemist on kommunikatsioonideliktiga, kuigi tegemist on olukorraga, mida ei tohiks käsitleda kelmusena ja seadusandja peaks sellise käitumise karistatavuse ette nägema erikoosseisuga.²⁰³ Kriitikaga ühinedes tuleks rõhutada, et arvesse tuleb võtta ka keskmise mõistliku isiku käitumist. Kuivõrd adressaat pidi endale teadvustama, et tegemist ei ole talle tuttava numbriga, mistõttu võib ka argumenteerida, et keskmine mõistlik isik ei pruugi helistada igasugustele numbritele tagasi. Eestis aset leidnud pettuste puhul on eeltoodu veelgi relevantsem, sest kriitiliselt mõtlev isik ei helista tagasi välismaa numbritele, mis on talle võõrad ning tal ei ole ühtegi põhjust välismaalt tulevat kõne oodata.

Vastukaaluks kriitikale võib välja tuua J. Eideni arvamuse, kes on lähenenud tehnoloogia arenguga kaasnenud olukorrale läbi tuntud igapäevase situatsiooni. Uksekella helistamine või koputus uksele, ükskõik kui kaua seda tehakse, saadab elanikule informatsiooni, et seda teeb keegi, kes soovib temaga suhelda. Seda ei väära ka asjaolu, et see ei pruugi niimoodi olla – näiteks võib fonolukuga majas keegi olla valinud suvalise korterinumbriga, saamaks ligipääsu trepikojale. Vaatamata sellele, et selline tõenäosus erandile eksisteerib, ei muuda see käibearvamusest kujunenud tavalist järeldust uksekella helistamisest. Täpselt samasugune „uks“ eksisteerib ka telefonikõnede puhul, kus käibearvamusest tulenevalt helistatakse teisele isikule eesmärgiga saada temaga kontakti.²⁰⁴ Eeltoodud paralleel ilmestab hästi petukõnede olemust, mistõttu on ka BGH põhjendatult jaatanud kommunikatsiooni olemasolu ning seetõttu on võimalik helistaja käitumisest järeldada avaldusväärtuse olemasolu tagasi helistada.

Eespool kirjeldatud käibetavade kontekstist tuleb analüüsida, kas riisiko jagunemist helistaja ja adressaadi vahel mõjutab number, millelt helistati ning millele tagasihelistamise hind ise ei saa olla pettuse objektiks nagu varasemalt välja toodud. Oluline on käibearvamuse seisukohalt see, kuidas käituks sarnases olukorras mõistlik isik. Nagu eespoolgi välja toodud, siis keskmise mõistliku isiku seisukohast on äärmiselt küsitav, kas tundmatule numbrile helistataks tagasi. Seda seisukohta mõjutavad kindlasti ka erinevad faktorid. Näiteks võib tagasi helistada

²⁰² L. Mayer Lux. Die konkludente Täuschung beim Betrug. Doktoritöö. V&R unipress: Göttingen 2013, lk 242.

²⁰³ C. Becker. Konkludente Täuschung beim Betrug. – JuS 2014, 307, lk 312.

²⁰⁴ J. Eiden. Wenn das Handy einmal klingelt. Zur Strafbarkeit von »Ping-Anrufen«. – JURA 11/2001, lk 867.

inimene, kes tööädala sees oma kutsetegevusest tulenevalt tööajal vastab ja helistab tagasi igasugustele numbritele, ilma nende päritolu uurimata, kuid õhtuti või nädalavahetusel ei teeks seda kunagi. Eeltoodust tulenevalt on tegemist pigem psühholoogilise küsimusega, millele võiks adekvaatse vastuse anda empiiriline uurimus. BGH lahendist nr 3 StR 342/13 ei nähtu, kas selles suhtes korraldati ekspertiis või mitte. Seejuures on asjaolu teadmise riisiko pigem selle kasuks, et mõistlik isik võib järeldada, et temaga soovitakse ühendust võtta. Samas tuleb aga arvestada, et eeltoodut võib oluliselt mõjutada ka varasemalt välja toodud numbritega seonduv.

Riisiko jagunemine erineb teataval määral Eestis ja Saksamaal tehtud kõnede puhul. Kui Saksamaal tehtud kõned olid siseriikliku numbriga, siis Eestis on paljudel juhtudel kasutatud välismaa numbreid, kusjuures paljudel juhtudel on tegemist olnud väga eksootilise päritoluga numbritega nagu Somaalia või Guam.²⁰⁵ Üldjuhul tuleks selliste kõnede suhtes võtta äärmiselt kriitiline hoiak ning võib väita, et keskmine mõistlik isik ei helistaks sellisele numbrile tagasi, kui tal puudub mingi objektiivne põhjus seda teha. Seega, kuigi koduriigi numbrile tagasi helistamise puhul saab riisiko jagunemise põhjal väita, et on normaalne, kui keskmine mõistlik järeldab vastamata kõnest helistaja siirast tahet temaga kontakteeruda, siis äratuntavalt eksootilise numbril puhul on sellise järelduse tegemine pigem kaheldav. See küsimus võiks jääda kohtupraktika kujundada, kuid on ebatõenäoline, et välisriigi numbritelt tulnud petukõnedega seonduvalt sellist praktikat üldse kunagi tekib, kuivõrd Eestis võib selle eest karistamine olla väga keeruline seoses kolmandaid riike hõlmava kriminaalmenetlusega.

Kokkuvõttes tuleb asuda seisukohale, et libakõned, mis on tehtud eesmärgiga, et adressaat helistaks pahaaimamatult kõrgetariifilisele numbrile tagasi, tuleb põhimõtteliselt käsitleda konkludentse teona, kus keskmine mõistlik isik saab järeldada helistaja kogukäitumisest väidet adressaadiga suhtlemise soovi kohta. Lähtudes erinevatest asjaoludest võib aga praktikas lõpphinnang helistaja teole eeltoodust erineda, kuivõrd riisiko jagunemine petja ja kannatanu vahel võib muutuda, olenevalt näiteks numbrist, millele tagasi helistamist oodatakse.

Täiendavalt võib käesolev kaasusgrupp tõstatada uue diskussioon kelmusega kaitstavate õigushüvede kohta. Kuigi majanduslikust vara käsitlest lähtuvalt on kannatanudel tekkinud kahju, siis alla ühe euro suuruse kahju puhul on karistusõiguslik reageerimine ülepingutatud.²⁰⁶

²⁰⁵ S. Mahov. Petukõnesid ja -sõnumeid tuleb välismaalt lainetena. – Sakala. 03.06.2014.

²⁰⁶ Vt kahju kohta samas. „Eestist Tšehhi vabariiki helistamine maksab koos käibemaksuga 0,6113 eurot. See on kallim kui Eesti-sisene kõne, kuid mitte midagi suurt. Võib aga olla ka eritasulisi numbreid.

Seega petukõnede puhul heidetakse petturitele ette eelkõige süsteemset ebaausust – ühe sellise kõne tegemisel jääb teo objekt väheväärtuslikuks ning üksikjuhtumi korral saaksid petturid vääriteokaristuse KarS § 218 lg 1 alusel. Samas on Eesti õiguskirjanduses autorile teadaolevalt esitatud ainult üks seisukoht kelmuse kuriteokoosseisu täiendavate õigushüvede kohta.²⁰⁷ Seetõttu väärib see teema täiendavat analüüsi mõnes varavastaseid süütegusid puudutavas teadusartiklis või magistritöös.

2.3.4. Tellimuslõksud internetis

Sarnaselt petukõnedega on ka internetis pahaaimamatult kohustuste võtmine käsitletav eelkõige hiljutise fenomenina. Põhimõtteliselt on käesolev kaasusgrupp edasiarendus nõ tõeste faktide esitamise kaasusgrupist.²⁰⁸ Tõeste faktide esitamisega pettuse toimepanemist on jaatud olukorras, kus surmakuulutuse juurde on väikses kirjas lisatud pakkumus, mis aga on raskesti märgatav.²⁰⁹ Sarnaselt on internetis hakatud pakkuma tarkvara, audiovisuaalseid teoseid või muid teenuseid internetilehekülgedel, kus üldise internetilehekülje ülesehituse juures ei viita miski otseselt, et seal pakutav oleks tasuline. Tarbijakaitse valdkonna raames on esile toodud tellimuslõksudena olukordi, kus isikuid meelitatakse teenustega liituma, kasutades ära tasuta prooviperioode, mille möödumise järel hakatakse esitama arveid või debiteeritakse automaatselt pangakaarte.²¹⁰ See on probleem, kus tuleb tarbijate teadlikust tõsta ja paremaid kauplemistavasid välja kujundada, kuid sellised tellimuslõksud ei seonu kelmusega. Kelmuse mõttes pettuse moodustavad olukorrad, kus isegi keskmisest kõrgema hoolsusega isikul võib olla keeruline kõigi tingimustega tutvuda nagu järgnevalt kirjeldatavas Saksa kohtupraktikas käsitletud kaasuses.

BGH teine kriminaalkolleegium tegi 2014. aastal otsuse kriminaalasjas nr 2 StR 616/12, kus süüdistatavale kuulus internetilehekülg, kus oli võimalik oma teekonda planeerida. Internetileheküljele minnes avanes kasutajale vaatepilt, kus oli võimalik sisestada oma reisi algus- ja lõpp-punkt ning vajutada nupule „arvuta teekond“, kuid miski lehel ei viidanud sellele, et see teenus võiks olla tasuline. Pärast nupule vajutamist avanes kasutajale väike ankeet, kus paluti korrektselt sisestada ees- ja perekonnanimi, aadress, e-postiaadress ja sünnikuupäev ning kui kõik andmed olid esitatud, siis oli võimalik minna väljaarvutatud teekonna juurde. Ankeedi juures oli aga ära toodud väike tärn, mis viitas tekstile lehe allosas, mille kohaselt nupule

²⁰⁷ P. Pikamäe. Mõningad kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas - Juridica 2011/II, lk 131.

²⁰⁸ Mõned autorid on sellise tähistuse nimetanud eksitavaks, nt C. Becker. Konkludente Täuschung beim Betrug. – JuS 2014, 307, lk 312.

²⁰⁹ J. Sootak. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017, VI vnr 50.

²¹⁰ Misleading «free» trials and subscription traps for consumers in the EU. - http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=43759 (13.04.2018).

vajutamisega võtab kasutaja endale kohustuse kolmekuulise ligipääsu eest maksta 59,95 eurot, kusjuures see tekst oli ära toodud paksus kirjas. Seejuures ei olnud aga üldjuhul kasutajate ekraanil seda teksti näha, sest selle nägemiseks pidi pilti alla kerima, mida aga kasutajad ei teinud, kuivõrd selleks puudus igasugune vajadus. Kannatanu, kes tasulise lepingu sõlmimist endale ei teadvustanud, sai mõne aja pärast süüdistatavalt arve, mille tasumata jätmisel ähvardati tema kehvast krediitkäitumisest krediidiinfo kogujaid teavitada. Kokku esitasid 261 kannatanut süüdistatava suhtes kuriteokaebuse, sealjuures olid 10 neist ka esitatud arve tasunud.²¹¹

Eeltoodud kaasuse tuumküsimus seisneb selles, kas ja kuidas on lehekülje looja üldse aktiivse teoga või tegevusetusega tarbijale ebaõigeid asjaolusid avaldanud, õigeid asjaolusid moonutanud või varjanud, kui tegelikult on info teenuse maksumuse kohta leheküljel avaldatud. Põhimõtteliselt ei ole välistatud, et tarbija on ise hooletu olnud ning seetõttu ise endale asjaoludest ebaõige ettekujutuse loonud - karistusõiguse ja kelmuse kuriteokoosseisu eesmärgiks ei ole tähelepanematute isikute kaitsmine nende enda hooletuse eest.²¹² Viidatud kaasuses on äratuntav lehekülje looja pahatahtlik eesmärk, sest ta on teinud teenuse tasulisuse äratundmise tarbijale võimalikult keeruliseks, kuid ainuüksi motiivi põhjal ei saa lugeda pettuslikku tegu toime panduks.²¹³

Viidatud kaasuses oli leheküljel avaldatud info oma sisult õige, mistõttu väljendusliku teoga on pettuse toimepanemine välistatud. Seega tuleb hinnata, kas isiku kogukäitumisest saab järeldada väidet asjaolude kohta. Tellimuslõksude kaasusgrupp näitlikustab hästi, kui laialt tuleb mõista isiku kogukäitumist. Kogukäitumise alla saab liigitada ka isiku käitumise virtuaalmaailmas, sest kelmuse kontekstis on oluline ka see, kuidas isik informatsiooni kirjalikult väljendas.²¹⁴ Tuginedes käibearvamusele võib väita, et keskmise mõistliku isiku jaoks on käesoleval juhul leheküljel üritatud teha kõik võimalik, et tarbija teenuse tasulisust ei märkaks ning satuks eksimusse. Seejuures aga on BGH isiku kogukäitumise hindamisel tuginenud õiguslikule raamistikule.

BGH on süüdistatava teo hindamisel tuginenud nii siseriiklikule kui ka Euroopa Liidu õigusele.²¹⁵ Euroopa Liidu õigusest on BGH on välja toonud muuhulgas ebaausate

²¹¹ BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616/12 – BeckRS 2014, 14294, vnr-id 3-9.

²¹² BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616/12 – BeckRS 2014, 14294, vnr 20 koos seal viidatud kohtupraktikaga.

²¹³ R. Krack. Betrug durch das Betreiben von Abofallen. Zur Entscheidung BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12. – ZIS 10/2014, lk 538.

²¹⁴ A. Hatz. Die Strafbarkeit von sog. „Abofallen“ im Internet. – JA 2012, 186, lk 188.

²¹⁵ BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616/12 – BeckRS 2014, 14294,.

kaubandustavade direktiivi, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul,²¹⁶ ning on viidanud selle artiklile 6 lõikele 1.²¹⁷ Ebaausate kaubandustavade direktiivi art 6 lg 1 kohaselt loetakse kaubandustava eksitavaks, kui see sisaldab valeandmeid ja on seetõttu ebaõige või muul moel, sealhulgas oma üldise esitusviisi tõttu, petab või tõenäoliselt petab keskmist tarbijat ühe või mitme lõikes toodud punkti osas, isegi kui teave on faktiliselt õige, ning kui see mõlemal juhul paneb või tõenäoliselt paneb keskmise tarbija tegema tehinguotsust, mida ta muidu ei oleks teinud. Eeltoodud regulatsiooni on Eesti 2007. aastal ka siseriiklikku õigusesse implementeerinud²¹⁸ ning ka 2015. aastal vastu võetud tarbijakaitseadus (TKS) sisaldab eksitavate kauplemisvõtete regulatsiooni.²¹⁹ TKS § 16 lg 6 p 2 kohaselt on kauplemisvõte eksitav, kui sellega on varjatud olulist teavet või esitatud teavet ebaselgelt, arusaamatult, mitmetähenduslikult või mitteõigeaegselt. Täiendavalt on tarbijakaitseõigusele tuginedes BGH välja toonud ka tarbijale hinna esitamise regulatsiooni,²²⁰ millele analoogne regulatsioon on Eestis sätestatud majandus- ja taristuministri määruses „Kauba ja teenuse hinna avaldamise nõuded“,²²¹ mille § 7 lg 1 kohaselt peab teenuse hind kaupleja kodulehel olema välja pandud selliselt, et tarbija seda märkaks.

Eeltoodud õiguslik regulatsioon on määrav tuvastamaks isikute riisiko jagunemise. Kuigi üldiselt peaks igaüks tegema kõik võimaliku, et ära hoida enda eksimusse sattumine, siis tulenevalt eeltoodud regulatsioonist on tarbijatele antud õigus olla vähem põhjalik, kuivõrd lähtuda tuleb keskmisest mõistlikust tarbijast. Viidatud kohtuasjas oli leheküljel avaldatud info tõttu eksitusse viidud tarbijaid vähemalt 261 ehk arvestatav hulk isikuid sattus eksitusse, mistõttu võib möönda, et ka keskmine mõistlik isik satuks eksimusse. Lisaks tuleb arvestada, et eksitatus ei ole mõne toodet iseloomustava asjaolu kohta, vaid eksimus tekib selle kohta, kas vastav teenus on tasuline või tasuta. Tarbija kaitseks sätestatud normidega on karistusõiguses varasemalt õiguskirjanduses objektiivse omistamise kontekstis jaatud tarbija kaitsmissfääri kindlaksmääramist,²²² mistõttu on niivõrd olulise rikkumise korral põhjendatud riisiko

²¹⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.05.2005 direktiiv nr 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv). - ELT L 149, 11.6.2005, lk 22—39.

²¹⁷ BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616/12 – BeckRS 2014, 14294, vnr 22.

²¹⁸ Tarbijakaitseaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seadus. - RT I 2007, 56, 375.

²¹⁹ Tarbijakaitseadus. - RT I, 31.12.2015, 1.

²²⁰ BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616/12 – BeckRS 2014, 14294, vnr 18.

²²¹ Kauba ja teenuse hinna avaldamise nõuded. MTMm 09.02.2016 nr 14 - RT I, 11.02.2016, 17.

²²² R. Kiris. Kelmuse karistatavusala süstematiseeriv piiritlemine objektiivse omistamise tasandil. Magistritöö. Tartu 2014, lk 59.

jagunemisel lähtuda muuhulgas ka TKS-is sätestatust. Seega tuleneb õiguslikust raamistikust, et keskmine mõistlik isik ei kanna eksimuse riisikot olukorras, kus veebileht on üles ehitatud selliselt, et tarbija eest varjata teenuse tasulisust, mistõttu võib veebilehe ülesehitusest välja lugeda väite selle kohta, et selline teenus on tasuta. Järelikult varjab lehekülje looja igakordse lehekülje külastaja eest konkludentse teoga tegelikke asjaolusid, mistõttu võib keskmine mõistlik isik sattuda eksimusse.

Täiendavalt peab autor vajalikuks märkida, et kuigi eeltoodud kaasuses esineb konkludentselt pettuse toimepanemine, ei ole tegemist lõpule viidud kelmusega, sest kelmuse koosseis eeldab varalise kahju tekkimist. Kui näiteks petukõnede puhul on tagasihelistanud kannatanu teinud koheselt ka varakäsutuse, on eeltoodud kaasuses toodud tellimuslõksu puhul kannatanutel võimalik oma eksimus avastada enne varakäsutuse tegemist. Nagu nähtub eelpool viidatud BGH kaasusest, siis 261 kannatanust ainult 10 tegid ka varakäsutuse. Inimesed ei ole alati maksma ekslikult võetud kohustuste eest esitatud arveid. Kui aga kannatanu on internetileheküljel sisestanud näiteks oma pangakaardi andmed, mis võimaldavad tema kontolt raha debiteerida ilma täiendavat arvet esitamata, on tegemist lõpuleviidud kelmusega.

2.4. Vahekokkuvõte

Konkludentselt pettuse toimepanemise võimalikkust on laialdaselt kohtupraktikas jaatatud. Selle peamiseks põhjuseks on see, et süüdistustes esitatud asjaoludest on nähtunud kannatanute eksimus tegelikest asjaoludest juhtudel, kui suuliselt või kirjalikult väljendatu on olnud õige. Seega, kuigi hotellitoa broneerimisel või toidu tellimisel ei ole klient avaldanud, et ta kavatseb lahkumisel maksta, on sellisest käitumist võimalik selline järeldus teha.

Kommunikatsiooni ja tehingute tegemise paindlikkusest tulenevalt esitatakse asjassepuutuvaid väiteid erinevatel viisidel ja vormides. Sel põhjusel peavad isikud vastutama oma kogukäitumise eest ning mitte ainult verbaalselt või kirjalikult väljendatu eest. Selles valguses ei saa olla põhjendatud etteheide, et kelmuse tõlgendamisel on mindud liiga kaugele ning selline kelmuse sisustamine on vastuolus PS § 23 lg-s 1 sätestatud *nullum crimen nulla poena sine lege certa* ehk määratletuse põhimõttega. Karistatavad on üksnes sellised teod, mis vastavad kuriteokoosseisu kõigile elementidele, sealhulgas subjektiivsetele elementidele ning tahtmatult teise isiku eksimusse viimine ei saa kunagi, ka tõlgendamise teel, karistatav tegu olla.

Riigikohus on mitmel korral jaatanud väljendusliku teoga pettuse toimepanemist, kuid seda sarnaste asjaoludega juhtumitel, millest pole laiapõhjalisemaid järeldusi konkludentse

petmisteo sisustamisel võimalik teha. BGH on StGB § 263, millega identselt on seadusandja 2015. aastast sätestanud kelmuse kuriteokoosseisu KarS §-s 209, kohaldamisel erinevatel juhtudel käsitletud pettuse toimepanemist mitteväljendusliku teoga. Sealjuures tõi BGH nn Hoyzeri kaasuses välja täpsemad juhised, kuidas konkludentset petmistegu sisustada.

Nende juhiste kohaselt on konkludentse petmise määratlemisel oluline vaadelda isiku kogukäitumist ning hinnata, kas sellest on järeldatav väide tegelike asjaolude kohta. Hindamisel tuleb lähtuda keskmisest mõistlikust isikust, kelle eelarvamusi teise isiku käitumisest kujundavad käibearvamus ja asjassepuutuv õiguslik raamistik. Nendest on tuletatav pooltevaheline riisiko jagunemine – kas kannatanu pidi ise teadma sellest asjaolust, mida ta järeldas isiku käitumisest, või on ta põhjendatult tuginenud teise isiku käitumisest tehtud järeldustele, sest see teine isik omas informatsioonieelist ning kandis seega ka riisikot.

Eeltoodud tingimused on sisult sarnased mitmete Eesti kehtivas tsiviilõiguses seaduses sätestatud instituutidele. Tsiviilõigusest on võimalik konkludentse petmisteo sisustamisel *mutatis mutandis* tugineda kaudse tahteavalduse definitsioonile (TsÜS § 68 lg 3), tahteavalduse tõlgendamise juhistele (TsÜS § 75) ning riisiko kandmise määratlusele (TsÜS § 92 lg 5).

Tsiviilõigusele tuginemist on Saksa erialakirjanduses vähemusarvamust esindavate autorite poolt kritiseeritud, kuivõrd need tsiviilõigusest tuletatud kriteeriumid olevat karistusõiguse jaoks sobimatud ja kohaldamatud. Neile vastanduvalt vähemusarvamust esindava autori poolt on välja pakutud alternatiivne lähenemine, mis on tsiviilõigusest sõltumatu ja võtab arvesse kelmuse kui kommunikatsioonidelikti olemust. Alternatiivi kohaselt tuleb vaadelda isiku konkreetset käitumist ja milline kommunikatsioon sellega kannatanule esitati, mitte lähtuda käitumisest tehtud järeldustest.

Põhimõtteliselt ei saa sellist alternatiivset lähenemist välistada, kuid ei ole selge, millistel juhtudel oleks selline lähenemine määrava tähtsusega ja viiks teistsugusele lõpptulemusele kui Hoyzeri kaasuses välja toodud kriteeriumid, mis on leidnud valitsevas arvamuses mitmete autorite poolt tunnustamist.

Nende kriteeriumite kohaldamisel on võimalik petmisteo olemasolu määratlada ka juhtudel, kui petmisteo asjaolud on ebaselgemad kui varasemalt Riigikohtu praktikas käsitletud maksevõime ja maksmisvalmiduse juhtumid.

Spordikihlveo sõlmimisel panustaja üldjuhul ei väida, et ta pole HasMS § 34 lg-s 6 toodud tunnustele vastav isik, kuid kihlveokontor läbi tema poolt volitatud töötaja saab eeldada, et isik pole spordivõistluse tulemuse juhuslikkust keelatud moel mõjutanud ega ei ole selle keelatud mõjutamisest teadlik. See väide on järeldatav isiku poolt panuse tegemisest, arvestades seaduses ette nähtud raamistikku, sportmängude ausust ja kihlvedude juhuslikkust. Seega ei pea isik midagi väitma, et kihlveokontoris luua ebaõige ettekujutus tegelikest asjaoludest.

Niinimetatud petu- või libakõnede puhul viib helistaja adressaadi eksimusse sellega, et jätab mulje soovist adressaadiga ühendust võtta, kuid tegelikult on tema kõne eesmärk saada kõne adressaat kõrgendatud tariifiga numbrile tagasi helistama, mis toob petukõne tegijale kasu ning tagasi helistanud kannatanule soovimatu varakäsituse. Selle kaasusgrupi puhul seisneb aga teatud problemaatika kannatanu enda hoolsuskohustuses, mis muuhulgas hõlmab numbri päritoluga arvestamist, ning seetõttu ei saa selgepiiriliselts öelda, et iga petukõne on käsitletav kelmuse koosseisu mõttes konkludentse pettusena.

Tellimuslõksude puhul seisneb kommunikatsioon internetilehekülgede eksitava viisil ülesehitamine. See hõlmab info esitamist viisil, kus tarbijal on väga keeruline märgata ja aru saada, et teenuse kasutamisega võtab ta endale kohustuse hiljem teenuse eest maksta. Seda eksitust tekitavad asjaolud, et teenusele on võimalik ilma eelnevalt midagi maksmata ligi pääseda ja et tarbijal on internetileheküljelt väga keeruline üles leida info teenuse tasulisuse kohta. Seega järeldab keskmine mõistlik isik, et ta kasutab tasuta teenust, kuigi väga kõrge hoolsuse rakendamisel oleks info teenuse tasulisuse kohta olnud lehelt leitav.

Kõigil eeltoodud juhtudel esineb teatud moel kommunikatsioon petja ja kannatanu vahel. Samas tuleb igal konkreetset juhul hinnata, mille kohta teavet esitati ning kas sellest tehtud järelduste riisikot kandis kannatanu või infot avaldanud isik.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö peamiseks eesmärgiks oli määratleda, millistel tingimustel saab lugeda KarS § 209 lg-s 1 sätestatud kelmuse kuriteokoosseisule vastav tegu toimepanduks, kui teo toimepanija ei ole midagi väljenduslikult avaldanud või ükski miski tema väljendatud avalduses ei olnud sisult vale. Tulenevalt kelmuse esinemissagedusest ja infotehnoloogilisest arengust on aktiivse tegevusega pettuste tuvastamine aina komplitseeritum ning konkludentse petmisteo tuvastamine osutuda tõsiseks katsumuseks, mis omakorda võib kaasa tuua põhjendamatu aktiivse tegevuse tegevusetusena käsitlemise. Seetõttu on vajalik konkludentse petmisteo põhjalikum sisustamine, et seaduse rakendajatel oleks selgem, kuidas konkludentset pettust tegevusetusest eristada ning et ära hoida juhuslikud, konkreetse kaasuse ebaõiglusest lähtuvad tõlgendamised, mis hiljem osutuvad ebasobivateks. Autor püstitas magistritöö sissejuhatuses kaks hüpoteesi. Esiteks väitis autor, et kelmuse toimepanemine tegevusetusega on võimalik üksnes piiratud juhtudel, mistõttu on tegevusdelikti kontseptsioon üldjuhul ebasobiv isikute vara efektiivse kaitse tagamiseks. Teiseks väitis autor, et konkludentse petmisteo sisustamine on läbi tsiviilõiguslike instituutide ilma *nullum crimen nulla poena sine lege certa* põhimõtet rikkumata võimalik. Püstitatud hüpoteeside kontrollimiseks analüüsis autor esmalt kelmuse koosseisule vastavat petmistegu, mille kohta saab ebaõigeid väiteid esitada ning kuidas on võimalik seda aktiivse tegevusega ja tegevusetusega toime panna. Seejärel analüüsis Saksa kohtupraktikas välja pakutud kriteeriumeid konkludentse petmisteo sisustamiseks, nende kriteeriumite seost Eesti tsiviilõigusega ning analüüsis nende kriteeriumite kohaldamist konkreetsetele kaasusgruppidele.

Kelmuse koosseisujärgne tegu on teadvalt tegelikest asjaoludest ebaõige ettekujutuse loomine. Seadusandja on sellise sõnastusega kehtestanud suure abstraktsusastmega teokirjelduse, millega on samaaegselt koosseisujärgse teoga kirjeldanud ka vahetagajärge. Autor leidis, et Saksa kelmuse koosseisu eeskujul on KarS § 209 lg-s 1 sätestatud kelmuse koosseisujärgne tegu ehk pettus ebaõigete asjaolude avaldamine, õigete asjaolude moonutamine või varjamine. Koosseisujärgne vahetagajärg on ebaõige ettekujutus kannatanul ehk eksimus. Kelmus eeldab seega vähemalt kahe isiku olemasolu – üks, kes petab, ja teine, keda petetakse. Samuti eeldab kelmus petja poolt asjaolude kohta ebaõigete väidetega info avaldamist kannatanule ehk suhtlust ehk kommunikatsiooni. Seetõttu on kelmus kommunikatsioonidelikt. Kelmuse toimepanemine eeldab info edastamist aktiivse teoga. Aktiivne kommunikatsioon leiab aset eelkõige väljendusliku teoga. Väljendusliku teo hulka kuuluvad nii verbaalsed kui kirjalikud informatsiooni edastamised kui ka näiteks žestid. Kui isiku käitumisest on teisel isikul võimalik

järeldada väidet tegelike asjaolude kohta, mida väljendusliku teoga ei avaldatud, siis on tegemist pettusega, mis pannakse toime mitteväljendusliku aktiivse teoga ehk konkludentse teoga.

Kuigi kelmus on kommunikatsioonidelikt, mille puhul on oluline isikute vahel vahendatud informatsioon, on selle toimepanemine võimalik ka juhul, kui kommunikatsioon puudus. Seda juhul, kui isik, kes oli kohustatud informatsiooni avaldama, seda ei teinud. Tegevusetuse karistamisväärsaks lugemiseks on eeldus, et isiku kohustus informatsiooni jagada on käsitletav karistusõigusliku garandikohustusena. Kelmuse kontekstis tekib garandiseisund üldistel karistusõiguses tunnustatud alustel nagu seadus, lepingust tulenev usaldussuhe ja ingerents. Samas on kelmusspetsiifiliselt peetud võimalikuks garandiseisundi tekkimist ka hea usu põhimõttest. Garandiseisundi tekkimise aluste analüüsimisel selgus, et kelmuse kontekstis tekib isikul garandikohustus väga piiratud juhtudel, eelkõige siis, kui seadus näeb teavitamiskohustuse ette või isikute vahel tekib lepingust või ingerentsist piisava kvaliteediga usaldus. Autori hinnangul ei saa hea usu põhimõttest isikule garandiseisundit tekkida, kuivõrd selline lähenemine oleks vastuolus karistusõiguse määratletuspõhimõttega. Seetõttu tuleks üldisest käitumisstandardist ja hea usu põhimõttest garandiseisundi tekkimist Eesti karistusõiguses eitada, kuivõrd tegemist on oma olemuselt liiga üldise ja abstraktse põhimõttega, mis ei sobi kokku karistusõigusega põhimõtetega. Seega on garandikohustuse esinemine erandlik, mistõttu on tegevusetusega kelmuse toimepanemine harv nähtus.

Kelmuse süüteokoosseisu kohaselt saavad pettuse objektiks olla tegelikud asjaolud. Tegelike asjaolude definitsiooni KarS ei sisalda. Käesolevas magistritöös leiti, et vastavalt varasemalt õiguskirjanduses antud definitsioonidele peab asjaolu vastama kahele tingimusele – esiteks peab asjaolu olema tõendatav ning teiseks ei saa pettuse objektiks olla tulevikusündmus. Asjaolud võib jagada kaheks: välised ja sisemised asjaolud. Väliseid asjaolusid on lihtsam tajuda ja tõendada. Tõendamisraskus ei tähenda, et sisemised asjaolud oleksid vähemolulised, kuid need peavad omama mõju välismaailmas, et need vastaksid tõendatusse nõudele. Pelk väärtushinnang ei ole asjaolu, kuid selle piiritlemine faktiväitest võib osutuda keeruliseks. Piiritlemisprobleeme näitlikustavad õiguslikud hinnangud ja seisukohad, mis võivad olla nii asjaolud kui ka lihtsalt hinnangud. Sarnaselt on ka prognoos üldjuhul väärtushinnang ning oletus tuleviku kohta, kuid kui prognoosi aluseks olevaid fakte on moonutatud, siis on tegemist asjaolude moonutamisega kelmuse koosseisu mõttes.

Vajadus konkludentse petmisteo tunnustamise järele tuleneb ühest küljest tegevusetusdelikti primitiivsusest, mis ei paku isik varale piisavat kaitset, ning teisest küljest tsiviilkäibe mitmekülgsusest. Vormivabaduse põhimõttest tulenevalt on tsiviilkäive mitmekülgne ning võimaldab isikutel tehinguid üldjuhul mistahes vormis sõlmida. Seetõttu peaksid isikud vastutama ka mistahes vormis avaldatu eest, kaasa arvatud selle eest, mida nad tahtlikult oma üldiste hoiakutega soovivad väljendada. Vastupidine järeldus võiks kaasa tuua usaldamatuse ning hea usu põhimõttest kaugenemise, mis mõjuks negatiivselt isikutevahelisele suhtlusele ja tehingute tegemisele. Eeltoodud kaalutlustest lähtuv vajadus konkludentset petmistegu tunnustada ei tohi aga kaasa tuua ülekriminaliseerimist ja vastuolu karistusõiguse põhimõtetega. Erinevalt hea usu põhimõttest tuletatavast garandiseisundist, ei ole konkludentse teo jaatamine vastuolus karistusseaduse määratletusnõudega. Isikule peab olema mõistetav, et tahtlikult käitumine viisil, mis on suunatud teise isiku eksimusse viimisele, on samaväärselt taunitav nagu sõnaselgelt väljendatud vale. Seejuures ei loeta karistatavaks mitte igasugust ebaausust, vaid tahtlikud konkludentset teod, millel on tähendusväärtus asjaolude kohta ja mis vastavad teistele kelmuse koosseisus sätestatud elementidele. Seega ei ole konkludentset teoga pettuse jaatamine lähtunud meelevaldsest vajadusest, vaid on kooskõlas üldiste karistusõiguslike põhimõtetega.

Riigikohus on konkludentset petmist jaatanud nii väliste kui ka sisemiste asjaolude suhtes, kuid kõik Riigikohtu poolt käsitletud kaasused on seondunud maksevõime ja maksmisvalmidusega, mis on käsitletavad ühe kaasusgrupi moodustavate juhtumitena. Erinevalt Eesti kohtupraktikast on Saksamaa kõrgeim kohus lahendanud ka ebaselgemate petmistasjaoludega juhtumeid. Niinimetatud Hoyzeri kaasuses tõi BGH välja, et isik on pettuse toime pannud konkludentset, kui tema kogukäitumisel on avaldusväärtus, millest vastavalt õiguslikule raamistikule, käibearvamusele ning riisiko jagunemisele tehtav järeldus sisaldab keskmise mõistliku isiku arvates väidet tegelike asjaolude kohta, kuid see väide on sisult ebaõige. BGH poolt esitatud kriteeriumite analüüsimisel selgus, et need kriteeriumid sisaldavad endas Eesti kehtivas tsiviilõiguses sätestatud institutidega sarnaseid jooni. Esiteks sisaldub TsÜS § 68 lg-s 3 sätestatud kaudse tahteavalduse definitsioon BGH poolt toodud kriteeriumites, kuid karistusõiguse kontekstis ei ole vajalik teise isiku teost järeldada õiguslikku tagajärge, vaid väidet tegelike asjaolude kohta. Lisaks sisaldavad BGH kriteeriumid endas tõlgendamiskriteeriume, mis on kattuvad TsÜS §-s 75 toodud tahteavalduse tõlgendamise reeglitega. Riisiko jagunemisest tulenevalt ei saa ka TsÜS § 92 lg 5 kohaselt olla eksimuses see isik, kes vastavast asjaolust teadma pidi. Järelikult on BGH poolt toodud kriteeriumitest lähtuvalt võimalik konkludentse petmisteo sisustamine tsiviilõigusest pärit institutide

kohaldamisega, võttes arvesse karistusõiguse ja kitsamalt kelmuse kuriteokoosseisu poolt ette antud eripärasid.

Asjaolu, et Saksamaa kõrgeima kohtu poolt välja toodud kriteeriumid omavad ühiseid jooni tsiviilõigusega, on BGH poolt välja pakutud kriteeriumitele kaasa toonud mõnede vähemusarvamusse esindavate autorite kriitika. Kriitikud on leidnud, et BGH poolt välja pakutud konkludentse petmisteo sisustamise kriteeriumid on tuletatud tsiviilõigusest ning ei võta arvesse seda, et kelmus on kommunikatsioonidelikt. Seetõttu on kriitikute arvates avaldusväärtuse mõiste kasutamine, käibearvamusest lähtumine ja isiku käitumise tõlgendamine vastavalt keskmise mõistliku isiku arvamusele liialt pehmed ning ebamääraseid kriteeriumid. Alternatiivselt pakutakse välja, et kommunikatsioonidelikti olemust arvesse võttes, tuleb vaadelda konkreetse käitumise tähendust, mitte lähtuda keskmise isiku poolt tehtavatest võimalikest järeldustest. Autori hinnangul ei saa sellist lähenemise omaksvõttu ka Eesti kelmuse koosseisu rakendamisel välistada, kuid raske on näha, millised on alternatiivse lähenemise eeliseid võrreldes BGH poolt väljapakutud kriteeriumitega.

Kuivõrd vähemalt üldjuhul viivad mõlemad lähenemised sama tulemuseni, siis on kohasem Eesti karistusõigusdogmaatika kujundamisel lähtuda Saksa valitsevas arvamuses välja pakutud kriteeriumitele, mille sisustamisel on võimalik toetuda juba Eesti õiguskorras tunnustatud tsiviilõiguslikele elementidele. Täiendav argument BGH kriteeriumitest lähtumine on see, et Riigikohtu poolt lahendatud kriminaalasjades, kus süüdistatavale etteheidetav tegu oli toime pandud konkludentse teoga, on tuletatavad sarnased kaalutlused BGH poolt sõnastatud kriteeriumitega. Seetõttu on juba olemasolev Eesti kohtupraktika sarnasem Saksa valitseva arvamuse seisukohtadele, kuid samas ei saa välistada, et Eesti kohtupraktikas hakatakse selgelt lähtuma mõnest muust lähenemisest.

Nende kriteeriumite kohaldamisel on võimalik petmisteo olemasolu määratlada juhtudel, kui petmisteo asjaolud on ebaselged ning täpsemate konkludentse petmisteo sisustamisjuhiste puudumine võiks kohtupraktikas kaasa tuua petmisteo eitamise. Verbaalse või kirjaliku suhtluse puudumisel on spordikihlveo sõlmimisest endast järeldatav, et panustaja soovib oma õnne proovile panna ning ei tea asjaolusid, mis oluliselt mõjutavad spordivõistluse lõpptulemuse kujunemist. Kuigi kihlveokontor tegutseb riskirohkel alal, siis ei saa ta kanda ausa spordi põhimõtet riivavate kokkulepete võimaliku olemasolu riisikot. Ilma täpsemate konkludentse teo sisustamise juhisteta võiks väita, et panustaja ei ole väitnud midagi ning tal ei saanud olla garandikohustust võistluse manipuleerimisest teatada, mistõttu pole tegemist

kelmusega. Sarnaselt võiks väita ka niinimetatud petukõnede puhul, et helistaja ei avalda ühtegi ebaõiget asjaolu. Samas eeldab see lähenemine, et tuleb kõrvale jätta asjaolu, et keskmine mõistlik isik loeb vastamata kõnest välja helistaja soovi tema kontakteeruda ja helistab tagasi. Ka tellimislõkse sisaldavatel internetilehekülgedel ei esitata ühtegi sõnaselget ebaõiget väidet asjaolude kohta, kuid teabe esitamise viis viib tarbija eksimusse. Eeltoodud juhtudel ei oleks isikute vara piisavalt kelmuste eest kaitstud, kui puuduksid kriteeriumid konkludentse petmisteo sisustamiseks, kuivõrd pettuslik tegu ei seisne nendel juhtudel ei väljenduslikus teos ega tegevusetuses.

Eeltoodust nähtuvalt leidsid autori püstitatud hüpoteesid kinnitust. Tegevusetusega kelmuse toimepanemise juhtumid on väga harvad, mida iseloomustab muuhulgas seda käsitleva Riigikohtu praktika puudumine. Autor analüüsis kohtupraktikas välja toodud konkludentse petmisteo kriteeriumeid, mis on Saksa valitseva arvamuse poolt tunnustatud, ning tuvastas, et need sisaldavad endas tsiviilõiguse instituute, mis on kohandatud karistusõiguse põhimõtetest ja kelmuse koosseisust tulenevatele nõuetele vastavaks.

Käesoleva magistritöö käigus tõusetusid lisaks uuritavatele probleemidele veel kaks õigusprobleemi, mis väljusid magistritööle seatud eesmärkidest. Esiteks võiks analüüsida, millisel määral on tsiviilõiguse üldklauslid rakendatavad karistusõiguses. Hea usu põhimõtte kõrval kuuluvad tsiviilõiguse üldklauslite hulka ka head kombad, õiguste kuritarvitamise keeld ning avalik kord. Nagu käesolevas magistritöös hea usu põhimõtte kontekstis on leitud, ei ole sellest võimalik tuvastada garandikohustusele vastavad teavitamiskohustust, kuid samas on see rakendatav riisiko jagunemise kindlaksmääramisel. Samuti väärrib täiendavat analüüsi ka küsimus kelmuse ja teiste varavastaste koosseisudega kaitstavate õigushüvede kohta. Kuigi kelmus kui varavastane süütegu kaitseb igal juhul üldise õigushüvena vara, siis näiteks petukõnede kaasusgrupi puhul näib vara kaitsmine teisejärguline süsteemse ebasiiruse kõrval.

Die konkludente Tat als Straftat im Sinne des § 209 Abs 1 des estnischen Strafgesetzbuches. Zusammenfassung

Der Betrug ist eine der wichtigsten Straftaten. Der Kern des Betrugs ist die Täuschung. Nach dem Gesetzeswortlaut im estnischen Strafgesetzbuch (estnisch *karistusseadustik*, abgekürzt KarS) § 209 Abs 1 ist es Täuschung, ein Missverständnis über wahre Tatsachen zu verursachen. Der Betrugstatbestand setzt die Täuschung eines anderen Menschen voraus. Er ist damit ein Kommunikationsdelikt. Aus dem Wesen des Betruges als Kommunikationsdelikt folgt, dass eine Täuschungshandlung nur in einem aktiven Verhalten gesehen werden kann, weil falsche Behauptungen weitergegeben werden. Die Täuschung durch ausdrückliche Erklärungen ist unproblematisch und allgemein bekannt. Die konkludente Täuschung ist eine schwer handhabbare Rechtsfigur. In der estnischen Rechtsprechung ist die Täuschung ohne ausdrückliche Erklärungen anerkannt, aber nur in bestimmten Fallgruppen. In der Literatur ist anerkannt, dass die Täuschung auch in einem Unterlassen bestehen kann, wenn eine Garantenstellung vorliegt. Es gibt aber keine klaren Kriterien, wie man konkludente Täuschung vom Unterlassen unterscheidet. Deshalb wurde in der vorliegenden Arbeit untersucht, wann eine konkludente Täuschung beim Betrug vorliegt, wenn der Täter nichts geäußert hat oder das, was der Täter gesagt hat, nicht unwahr war.

Die estnische Rechtsprechung und die Literatur sind von der deutschen Strafrechtslehre beeinflusst. Seit 2015 hat der Gesetzgeber den Straftatbestand des Betruges neu formuliert und der Betrug im KarS § 209 Abs 1 ist derzeit identisch mit dem Betrug im deutschen StGB § 263 Abs 1. Ein Grund dafür war, dass man sich in komplizierten Fällen auf deutsche Strafrechtsdogmatik stützen könnte. Deshalb wird für die Lösung des Forschungsproblems in der vorliegenden Arbeit neben estnischer Literatur sehr viel auf die deutsche Rechtsprechung und deutsche strafrechtliche Literatur verwiesen. Der Autor hat in der Arbeit analytische, systematische und vergleichende Forschungsmethoden verwendet.

Am Anfang der Arbeit wurden allgemeine Fragen des Betruges analysiert. Erstens muss bestimmt werden, wie man die Tatbeschreibung „ein Missverständnis über wahre Tatsachen verursachen“ verstehen soll. In der Arbeit wurde vorgeschlagen, die Tatbeschreibung durch bürgerliches Recht und das deutsche StGB zu definieren. Diese Ansicht stützt sich insbesondere darauf, dass die Straftatbestände im KarS § 209 und im StGB § 263 identisch sind. Somit bedeutet die abstrakte Tatbeschreibung im KarS § 209: „durch Vorspiegelung falscher oder

durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregen oder unterhalten“. Dies kann auch kürzer als Täuschung beschrieben werden.

Als nächstes muss man verstehen, wie der Täter eine Täuschung aktiv begehen kann. Neben dem ausdrücklichen Vorspiegeln gibt es auch Vorspiegeln durch konkludentes Verhalten. Es kann in bestimmten Fällen sehr schwierig sein, die beiden zu unterscheiden, aber in meisten Fällen ist das nicht nötig. Trotzdem muss man konkludentes Verhalten vom Unterlassen unterscheiden, weil der Betrug kein echtes Unterlassungsdelikt ist und eine Garantenstellung benötigt. Zunächst wurde die Täuschung durch Unterlassen analysiert. Eine Täuschung durch Unterlassen setzt bei einem unechten Unterlassungsdelikt eine Garantenpflicht zur Aufklärung voraus und eine Gleichstellung des Unterlassens mit dem Tun. Diese Garantenstellung kann sich durch Gesetz, aus einem Vertrag oder aus Ingerenz ergeben. Eine Garantenstellung aus Treu und Glauben ist sehr umstritten. Es wurde festgestellt, dass die Täuschung durch Unterlassen nur selten vorkommt, weil man nur in engen Fällen eine Garantenpflicht zur Aufklärung hat. Beim Austauschvertrag gibt es kaum eine Offenbarungspflicht, weil üblicherweise ein Vertrauensverhältnis aus dem Gesetz oder aus einem Vertrag zwischen den Parteien fehlt. Darum hat der BGH eine Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben bejaht, häufig wurde jedoch eine Garantenpflicht aus Treu und Glauben abgelehnt. Es wurde in der Arbeit vorgeschlagen, die estnische Rechtsprechung sollte eine Garantenpflicht aus Treu und Glauben verneinen, weil es mit dem Bestimmtheitserfordernis unvereinbar ist.

Zunächst muss man den Begriff „wahre Tatsachen“ definieren. Unter Tatsachen sind alle konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens zu verstehen, die sinnlich wahrnehmbar oder zumindest empirisch überprüfbar und damit dem Beweis grundsätzlich zugänglich sind. Etwas Zukünftiges ist keine Tatsache, weil es nicht sicher ist, ob es in der Zukunft eintritt. Dagegen sind Prognosen über künftige Ereignisse Tatsachen, wenn die Behauptungen über gegenwärtige Tatsachen enthalten. Bloße Meinungsäußerungen, Urteile und Vermutungen, bei denen subjektive persönliche Wertungen geäußert werden, sind keine Tatsachen. Dies gilt auch für die Rechtsausführungen der Partei im Zivilprozess. Trotzdem darf man im Zivilprozess nur wahre Tatsachen vorbringen.

Vor diesem Ausgangspunkt ist klar, dass die Kommunikation zwischen Personen im Leben unverzichtbar ist. Wegen der Entwicklung der Technologie ist die Kommunikation vervielfacht. Dadurch gibt es viele neue Möglichkeiten, Informationen weiterzugeben und

Rechtsgeschäfte abzuschließen. Unter Privatautonomie kann man üblicherweise in jeder Form ein Rechtsgeschäft abschließen. Dennoch muss das Vermögen der Person immer geschützt sein. Deshalb ist es nötig, dass nicht nur schriftliche und verbale Behauptungen über Tatsachen wahr sind, sondern auch schlüssige Behauptungen. Daraus kommt die Notwendigkeit, die konkludente Täuschung anerkennen, weil sonst nur eine Täuschung durch Unterlassen in Frage kommt. Wie in der vorliegenden Arbeit schon festgestellt wurde, kommt die Täuschung durch Unterlassen nur in engen Fällen in Betracht, wenn es ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Vertragspartner gibt, und ist normalerweise beim Austauschvertrag kaum verwendbar. Die Zulässigkeit der konkludenten Täuschung ist von BVerfG bejaht worden. Die konkludente Täuschung verletzt das Bestimmtheitserfordernis nicht, weil die Anwendbarkeit der konkludenten Täuschung nicht dazu führt, dass schon allein allgemeine Unredlichkeit oder böse Absichten strafbar wären. Außerdem begrenzen die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen die Strafbarkeit allgemeiner Unredlichkeit.

Wie schon vorhergesagt, gibt es sehr wenig Rechtsprechung in Estland über konkludente Täuschung. Nur eine Fallgruppe ist anerkannt, wo die Täter ein Missverständnis über ihre Zahlungsfähigkeit und ihren Zahlungswillen verursachten. In Deutschland gibt es mehr Rechtsprechung über konkludente Täuschung. Die BGH hat in 2006 im Fall Hoyzer viele Kriterien für das Bestimmen der konkludenten Täuschung genannt. Eine Täuschung kann auch konkludent erfolgen, durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. Der Erklärungswert eines Verhaltens ergibt sich aus dem Gesamtverhalten des Täters. Dieser wird durch den dem Täter bekannten Empfängerhorizont und damit durch die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten bestimmt. Deshalb wird der Inhalt konkludenter Kommunikation unter Bezugnahme auf die Verkehrsanschauung und den rechtlichen Rahmen bestimmt werden, von denen die Erwartungen des Kommunikationspartners geprägt sind. Von den Kriterien wird klar, dass eine Risikoverteilung zwischen den Parteien auch eine große Rolle spielt. Die Kriterien sind sehr ähnlich zu den Elementen aus dem bürgerlichen Recht. Deshalb kann man die Definitionen der konkludenten Willenserklärung, die Auslegungsregeln der Willenserklärung und die Risikoverteilung beim Irrtum aus dem bürgerlichen Recht *mutatis mutandis* benutzen, um die konkludente Täuschung beim Betrug im estnischen Recht zu definieren.

Vereinzelte deutsche Autoren haben die Ähnlichkeit der Kriterien mit denen im bürgerlichen Recht kritisiert. Die strafrechtliche Bestimmung der konkludenten Täuschung beim Betrug stütze auf weiche und mit den Erfordernissen des Strafrechts unvereinbare Kriterien. Die

Kriterien seien nach Mindermeinung ungeeignet, um die präzisen Konturen einer strafrechtlichen Handlung wie die der konkludenten Täuschung beim Betrug zu definieren. Dazu übersähen die Kriterien die Definition des Betruges als Kommunikationsdelikt. Dabei bestimme die Mindermeinung den Begriff der konkludenten Täuschung im Lichte der Bedeutung des infrage stehenden kommunikativen Aktes, der zwischen den Parteien stattfindet. Für den Autor der vorliegenden Arbeit ist es unklar, ob die alternative Annäherung zu einem anderen Ergebnis führt. Trotzdem kann man nicht ausschließen, dass die Rechtsprechung in Deutschland und in Estland die alternative Annäherung übernimmt. Dennoch schlägt der Autor vor, die estnische Strafrechtsdogmatik an die Kriterien des BGH anzulehnen.

Dank dieser Kriterien kann man komplexere Fälle enträtseln als die, die in der estnischen Rechtsprechung behandelt werden. Beim Abschluss einer Sportwette sagt man normalerweise nur, dass man eine Wette abschließen will. Nie sagt ein Wettender, dass er das Ergebnis des fraglichen Spiels nicht kennt und dass er den Wettgegenstand nicht manipuliert hat. Trotzdem kann man aus seinem Verhalten behaupten, dass er das Risiko nimmt, dass seine Wette nicht gewinnt. Damit wird beim Abschluss einer Sportwette konkludent erklärt, dass man keine Ahnung über den Ausgang des fraglichen Spiels hat. Beim sogenannten „Ping-Anrufen“ nutzt man die Entwicklung der Technologie aus. Der Täter ruft zufällige Nummern an und hofft, dass das Opfer zurückruft. Dadurch wird nicht über den Preis des Telefonats getäuscht, sondern darüber, dass seitens des Anrufers ein ernsthafter Kommunikationswunsch vorlag. Normalerweise muss das Opfer nicht vermuten, dass die Nummer nicht eine normale Nummer ist und man für den Rückruf viel mehr als üblich zahlen muss. Die konkludente Täuschung liegt auch bei den sogenannten „Abo-Fallen“ vor. Die Betreiber von Internetseiten ermöglichen Zugang zu auf der Internetseite angebotenen Inhalt, wenn man seine persönlichen Daten registriert. Der durchschnittliche Verbraucher wird aber nicht erkennen, dass es unter der Internetseite Informationen über die Kosten der Benutzung des Inhalts gibt. Deshalb geht der Verbraucher irrtümlich davon aus, dass die angebotenen Dienste umsonst sind. Später kriegt der Verbraucher eine Rechnung, weil er einen Vertrag mit dem Betreiber der Internetseite abgeschlossen hat. Die Kommunikation in dieser Fallgruppe besteht in dem „Gesamtverhalten“ des Betreibers, der eine Zahlungspflicht versteckt. Ohne die Kriterien von BGH wäre es sehr kompliziert, in diesen Fällen eine konkludente Täuschung zu bestimmen.

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Bachmann, T. Psühholoogia. Raamat juristile. Tallinn: Juura 2015.
2. Becker, C. Konkludente Täuschung beim Betrug. – JuS 2014, 307.
3. Eiden, J. Wenn das Handy einmal klingelt. Zur Strafbarkeit von »Ping-Anrufen«. – JURA 11/2001.
4. Erb, V. Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen. – ZIS 5/2011.
5. Ernits, M. jt. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Tallinn: Juura 1999.
6. Hatz, A. Die Strafbarkeit von sog. „Abofallen“ im Internet. – JA 2012, 186.
7. Hefendehl, R. Ist ein Verfügen über das Guthaben nach bankinterner Fehlbuchung strafbar? - Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 8. 11. 2000 - 5 StR 433/00. – NStZ 2001, 281.
8. Jahn, M., Maier, S. Der Fall Hoyzer - Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes. – JuS 2007, 215.
9. Kairjak, M. Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel. Doktoritöö. Tartu Ülikooli kirjastus 2015.
10. Kairjak, M. Majanduskaristusõigus karistusõiguse revisjoni raames. - Juridica 2014/VIII.
11. Kairjak, M., Sootak, J. Varavastased süüteod. 4 vlj. Tallinn: Juura 2017.
12. Karistusseadustiku eelnõu ja seletuskiri karistusseadustiku eelnõu juurde. — <https://www.riigikogu.ee/download/5dc2a0c4-864b-31e6-bbb1-b888d0f999d0> (13.04.2018).
13. *KarSK 2002*: Pikamäe, P., Sootak, J (koost.). Karistusseadustik. Komm. vlj. 1. vlj. Tallinn: Juura 2002.
14. *KarSK 2015*: Pikamäe, P., Sootak, J (koost.). Karistusseadustik. Komm. vlj. 4. vlj. Tallinn: Juura 2015.
15. Kienapfel, D. Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. Band II. Delikte gegen Vermögenswerte. 2. trükk. Viin: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1988.
16. Kirch-Heim, C., Rönna, T., Saliger, F. Täuschung und Vermögensschaden beim Sportwettenbetrug durch Spielteilnehmer - Fall „Hoyzer“. – NStZ 2007, 361.

17. Kiris, R. Kelmuse karistatavusala süstematiseeriv piiritlemine objektiivse omistamise tasandil. Magistritöö. Tartu 2014.
18. Krack, R. Betrug durch das Betreiben von Abofallen. Zur Entscheidung BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12. – ZIS 10/2014.
19. Krack, R. Betrug durch Wettmanipulationen. Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal. – ZIS 3/2007.
20. Kull, I. Hea usu põhimõte kaasaegses lepinguõiguses. Doktoritöö. Tartu Ülikooli kirjastus 2012.
21. Kutzner, L. Zweifelsfragen des Betrugstatbestands am Beispiel des Wettbetrugs. – JZ 2006, 712, lk 713.
22. Kõve, V. jt (koost). Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. I-V osa (§-d 1-305). Komm. vlj. Tallinn: Juura 2017.
23. Kõve, V. jt (koost). Tsiviilkohtumenetluse seadustik II. VI-X osa (§-d 306-474). Komm. vlj. Tallinn: Juura 2017.
24. Köbel, R. Neue Technologie und altes Strafrecht: Betrug durch Ping-Anrufe? JuS 2013, 193.
25. Kötz, H. Risikoverteilung im Vertragsrecht. – JuS 2018, 1.
26. Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm. vlj. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017.
27. Maran, T. Mimikri kui kommunikatsioonisemiootiline fenomen. Doktoritöö. Tartu 2005.
28. Mayer Lux, L. Die konkludente Täuschung beim Betrug. Doktoritöö. V&R unipress: Göttingen 2013. — <http://hdl.handle.net/20.500.11811/541> (08.04.2018).
29. Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2007.
30. Niggli, M.A., Wiprächtiger, H. (koost.). Strafrecht II Art. 111-392 StGB. „Basler Kommentar“. 3. trükk. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag 2013.
31. Palmaru, R. Juhatus kommunikatsiooniteooriasse. Akadeemia Nord: Tallinn 2003.
32. Pikamäe, P. Mõningad kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas. - Juridica 2011/II.
33. Saare, K., Sein, K., Simovart, M.A. Tehingu tühistamise aluseks oleva eksimuse ja pettuse piiritlemine. - Juridica 2007/X.
34. Seletuskiri hasartmänguseaduse juurde. — <https://www.riigikogu.ee/download/4c3ae9f6-1767-f7b1-3506-2c9a9d98bd3f> (11.04.2018).

35. Sootak, J. Karistusõiguse kaasusülesannete lahendamise metoodikast. 4. vlj. Tallinn: Juura 2012.
36. Sootak, J (koost). Karistusõigus. Üldosa. Tallinn: Juura 2010.
37. Sootak, J. Varavastased süüteod. Tallinn: Juura 2003,.
38. *StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*: Kindhäuser, U. *et al* (Hrsg.). Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2017.
39. *StGB-LK*: Laufhütte, H. W. *et al* (Hrsg.) Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB. Band 9/1. §§ 263 bis 266b. 12. Aufl. Berlin: De Gruyter 2012.
40. *StGB-MüKo*: Hefendehl, R., Hohmann, O. (Red.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 5. §§ 263-358 StGB. 2. Aulf. München: C.H. Beck 2014.
41. *StGB-Schönke/Schröder*: Eser, A (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Kommentar. 29. Aufl. München: C.H. Beck 2014.
42. Varul, P. jt (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm. vlj. Tallinn: Juura 2010.
43. Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Komm. vlj. Tallinn: Juura 2016.
44. Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus II. 2. -7. osa (§§ 208-618). Komm. vlj. Tallinn: Juura 2007.
45. Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus III. 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Komm. vlj. Tallinn: Juura, 2009.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Eesti Vabariigi õigusaktid

- 47. Asjaõigusseadus. - RT I 1993, 39, 590.
- 48. Hasartmänguseadus. - RT I 2008, 47, 261.
- 49. Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364.
- 50. Kauba ja teenuse hinna avaldamise nõuded. MTMm 09.02.2016 nr 14 - RT I, 11.02.2016, 17.
- 51. Sotsiaalseadustiku üldosa seadus. - RT I, 30.12.2015, 3.
- 52. Tarbijakaitseseadus. - RT I, 31.12.2015, 1.
- 53. Tarbijakaitseseaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seadus. - RT I 2007, 56, 375.
- 54. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197.
- 55. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216.
- 56. Töötuskindlustuse seadus. - RT I 2001, 59, 359.
- 57. Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487.

Välisriikide õigusaktid

- 58. Bürgerliches Gesetzbuch. – 02.01.2002 BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 ... 30.07.2017 BGBl. I S. 2787.
- 59. Strafgesetzbuch. – 13.11.1998 BGBl. I S. 3322 ... 30.10.2017 BGBl. I S. 3618.

Euroopa Liidu õigusaktid

- 60. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.05.2005 direktiiv nr 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv). - ELT L 149, 11.6.2005, lk 22—39.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Eesti Vabariigi kohtupraktika

61. RKKKo 3-1-1-124-00.
62. RKKKo 3-1-1-13-07.
63. RKKKo 3-1-1-98-09.
64. RKKKo 3-1-1-57-10.
65. RKKKo 3-1-1-45-11.
66. RKKKo 3-1-1-28-12.
67. RKKKo 3-1-1-17-15.
68. RKPJKo 3-4-1-34-14.
69. RKTko 3-2-1-24-15.
70. RKÜKo 3-2-1-79-13.
71. TlnRnKo, 13.10.2014, 1-13-10768.
72. HMKo 26.03.2015, 1-15-1570.

Saksamaa Liitvabariigi ja Saksa Riigi kohtupraktika

73. BGH, 15.06.1954 - 1 StR 526/53 – NJW 1954, 1414.
74. BGH, 30.06.1960 – 4 StR 121/60 – BGHSt 15, 24-28.
75. BGH, 20.06.1961 – 5 StR 184/61 – NJW 1961, 1934.
76. BGH, 19.12.1979 – 3 StR 313/79 – BGHSt 29, 165-168.
77. BGH, 22.03.1988 - 1 StR 106/88 – BeckRS 1988, 31091487.
78. BGH, 29.03.1990 – 4 StR 681/89 – NJW 1990, 2476.
79. BGH, 16.11.1993 – 4 StR 648/93 – BGHSt 39, 392-402.
80. BGH, 01.09.1994 - 1 StR 468/94 – BeckRS 1994, 31096005.
81. BGH, 15.12.2006 – 5 StR 181/06 – BGHSt 51, 165-180.
82. BGH, 14.08.2009 – 3 StR 552/08 – BGHSt 54, 69-132.
83. BGH, 20.12.2012 – 4 StR 580/11 – NJW 2013, 1017.
84. BGH, 19.11.2013 – 4 StR 292/13 – BGHSt 59, 68-75.
85. BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616/12 – BeckRS 2014, 14294.
86. BGH, 27.03.2014 – 3 StR 342/13 – BGHSt 59, 195-205.
87. BGH, 03.03.2016 – 4 StR 496/15 – NJW 2016, 1336.
88. BGH, 08.03.2017 – 1 StR 466/16 – BGHSt 62, 72-85.

89. BVerfG, 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 – BVerfGE 130, 1 – 51.
90. RG– II 1214/20 – RGSt 55, 129-138.

Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi kohtupraktika

91. DPP v Ray, 1973 WL 40033 [1974] A.C. 370.

MUUD MATERJALID

92. Kuritegeliku ühenduse arvatav organiseerija vahistati. —
<http://www.prokuratuur.ee/et/pressiteated/kuritegeliku-uhenduse-arvatav-organiseerijavahistati> (11.04.2018).
93. Mahov, S. Petukõnesid ja -sõnumeid tuleb välismaalt lainetena. - Sakala. 03.06.2014.
— <https://sakala.postimees.ee/2814860/petukonesid-ja-sonumeid-tuleb-valismaalt-lainetena> (11.04.2018).
94. Misleading «free» trials and subscription traps for consumers in the EU. —
http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=43759
(13.04.2018).
95. Statistikaamet. Registreeritud kuriteod astme/liigi järgi. —
<http://andmebaas.stat.ee/Index.aspx?lang=et&DataSetCode=JS001#> (21.08.2018).
96. Sibold, G. Just nende viie skeemi abil üritatakse sult raha välja petta. – Geenius.
06.03.2017. — <https://geenius.ee/uudis/just-nende-viie-skeemi-abil-uritatakse-sult-raha-valja-petta/> (11.04.2018).

KASUTATUD LÜHENDID

Aufl. – Auflage

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Saksa tsiviilseadustik)

BGBI – Bundesgesetzblatt

BGH – Bundesgerichtshof (Saksamaa Liidukohus)

BGHSt – Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen

BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohus)

HasMS – hasartmänguseadus

Hrsg. – Herausgeber

HMKo – Harju Maakohtu otsus

JA – Juristische Arbeitsblätter

JR – Juristische Rundschau

JZ – Juristenzeitung

JURA – Juristische Ausbildung

JuS – Juristische Schulung

KarS – karistusseadustik

KarSK – Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne

komm – kommentaar

MTMm – majandus- ja taristuministri määrus

NJW – Neue Juristische Wochenschrift

NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht

PS – Eesti Vabariigi põhiseadus

Red. – Redaktor

RG – Reichsgericht (Saksa Riigikohus)

RT – Riigi Teataja

RKKKo – Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus

RKTKo – Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus

RKPJKo – Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus

RKÜKo – Riigikohtu üldkogu otsus

StGB – Strafgesetzbuch (Saksamaa karistusseadustik)

StGB-Kindhäuser/Neumann/Paeffgen – Strafgesetzbuch. Nomos-kommentar

StGB-LK – Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar

StGB-MüKo – Strafgesetzbuch. Münchener Kommentar

StGB-Schönke/Schröder – Strafgesetzbuch. Kommentar

TlnRnKo – Tallinna Ringkonnakohtu otsus

TKS – tarbijakaitseseadus

TsMS – tsiviilkohtumenetluse seadusik

TsÜS – tsiviilseadustiku üldosa seadus

VÕS – võlaõigusseadus

ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Jüri-Karl Leppik

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„Konkludentne tegu karistuseadustiku § 209 lõike 1 koosseisuteona“,

mille juhendaja on Marko Kairjak, PhD

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **23.04.2018**